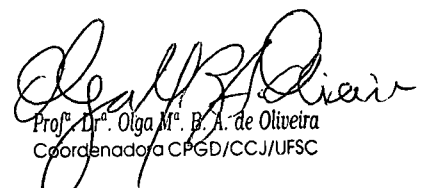


UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO: RAZÃO ABSTRATA, FUNÇÃO E
CARACTERÍSTICAS DE APLICABILIDADE À LUZ DA LINHA DECISÓRIA DA
SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE**

LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL



Prof. Dr. Olga M. B. A. de Oliveira
Coordenadora CPGD/CCJ/UFSC

FLORIANÓPOLIS, SANTA CATARINA, AGOSTO DE 2001.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO: RAZÃO ABSTRATA, FUNÇÃO E
CARACTERÍSTICAS DE APLICABILIDADE À LUZ DA LINHA DECISÓRIA DA
SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE**

Dissertação apresentada e defendida,
perante banca, como requisito
obrigatório para obtenção do título de
Mestre em Direito, conforme
regramento do CPGD/UFSC.

LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL

SOB ORIENTAÇÃO DO PROF. DR. MOACYR MOTTA DA SILVA

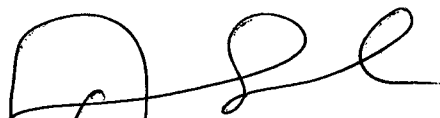
FLORIANÓPOLIS, SANTA CATARINA, AGOSTO DE 2001.

A dissertação *“Devido Processo Legal Substantivo: razão abstrata, funções e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte estadunidense”*, elaborada por **Letícia de Campos Velho Martel** e aprovada por todos os membros da banca examinadora, restou julgada adequada à obtenção do título de Mestre em Direito – Área de Concentração Instituições Jurídico-políticas, com nota 10,0, conceito A, distinção e louvor.

Florianópolis, 28 de Agosto de 2001.

Banca Examinadora

Professor Doutor Moacyr Motta da Silva
Universidade Federal de Santa Catarina



Professor Doutor Orides Mezzaroba
Universidade Federal de Santa Catarina



Professor Doutor Sílvio Dobrowolski
Universidade Federal de Santa Catarina

Professor Doutor Moacyr Motta da Silva
Orientador

A memória de meu avô, homem de
sabedoria e inteligência exemplares, cujo
amor, dignidade, desapego, simplicidade
e ensinamentos jamais esquecerei.
As minhas duas mães, a velha e a nova,
mulheres de intensa força e coragem, que
sabem, femininamente, lutar pelo que
desejam e conquistar seus espaços,
angariando respeito e admiração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, contribuíram nesta jornada. Estes agradecimentos não se cingem às pessoas e instituições que colaboraram de modo direto para a pesquisa, mas àquelas que, por algum meio, tornaram-na viável. Meu sincero muito obrigada:

ao CPGD/UFSC, pela acolhida e pelo espaço proporcionados para a realização desta pesquisa e à CAPES, que viabilizou, materialmente, os primeiros tempos de mestrado;

ao Prof. Dr. Moacyr Motta da Silva, presença firme, constante e sábia;

aos Professores Wolkmer, Sílvio Dobrowolski, Christian Caubet e à Professora Ella e, novamente, ao Professor Moacyr, por seus grandes ensinamentos, seu apego à pesquisa e ao ensino de *verdadeira* qualidade, seu constante pensar e repensar o Direito e pela batalha na defesa da qualidade do Centro de Pós Graduação no qual ministram suas aulas;

aos Professores Sérgio Cademartori e Horácio Wanderley Rodrigues, que não só permitiram que eu os assessorasse em suas disciplinas no curso de graduação em Direito, como mostraram-se sempre presentes e disponíveis a dividir seus conhecimentos e a me auxiliar e neste iniciar de minha carreira como docente;

à UNESCO, e aos colegas de lá, em especial os Professores Daniel Cerqueira, Carlos Magno, Maurício do Valle Pereira, Gustavo Pedrollo e Luiz Afonso, pelo espaço de trabalho, pela proposta de Curso de Direito que tentam sustentar, e, também, pela compreensão nos momentos difíceis de condução desta pesquisa;

à Patrícia, ao Raul e à *tia* Vera, pelo apoio e amizade firme;

à Carla Ribeiro, Daniela Estevão, Fofa Weber e Sibila Nussbaumer, amigas, amigas, amigas...

à Patricia Sanfelice, Diana Zanatta, Marcelo Kümmel, ex-colegas da faculdade de Direito de Santa Maria, amigos tão verdadeiros que, mesmo com a distância e com os diferentes rumos tomados, seguiram ao meu lado, e muito contribuíram para esta pesquisa. E, também, à Graziela Bündchen e ao Daniel Indrusiack.

aos grandes e *verdadeiros* amigos que fiz neste Curso de Pós-Graduação, uma das maiores conquistas ao longo desses anos de mestrado, amigos que compartilharam os mais diversos momentos nesta viagem que é o mestrado nesta Ilha:

Ivone Lixa, Fernando Azevedo, Liana Lins, Francisco Quintanilha, Melissa Indalécio, Rogério Duarte e Simone;

Ester Hauser e Joseane Correa, amigas e colegas *inteiras* e leais, com quem dividi alegrias, angústias, confidências, descobertas, e principalmente, com quem muito aprendi sobre o significado de *amadurecer*;

Daniel Maurício, amigo ímpar, amigo fiel, amigo feliz, amigo conselheiro, amigo único;

Mônica Camargo e Carlos Strapazzon, para estes dois, simplesmente não há palavras;

à Leila Zotz, presença terna e cheia de cor.

à Flávia Hirata, cuja amizade incontestável nasceu nos mais difíceis momentos de realização dessa pesquisa;

E, o final, reservei àqueles a quem mais grata sou, as pessoas de minha família, que, cada qual a seu modo, contribuí para este trabalho: Nadão, Izara, Teca, Gué (a terceira), Paulo, Inho, Camilinha, Fer, Zé, Guto, Deise, Catito, Lelo e Jaime.

"Sete anos após aquela terrível sexta-feira 13 de dezembro de 1963 (...).

A julgar pelas aparências, pelo seu progresso material visível a olho nu - novas indústrias e casas de comércio, mais ruas asfaltadas, serviços públicos melhores - Antares é hoje em dia uma comunidade próspera e feliz.

Como, porém, nada é perfeito neste mundo, às vezes na calada da noite vultos furtivos andam escrevendo nos seus muros e paredes palavras e frases politicamente subversivas, quando não apenas pornográficas.

Os dedicados guardas municipais, sempre alerta, dão-lhes caça dia e noite. Numa destas madrugadas abriram fogo contra um estudante que, com broxa e piche, tinha começado a pintar um palavrão num muro da Rua Voluntários da Pátria. Na calçada, no lugar em que o rapaz caiu, ficou uma larga mancha de sangue enegrecido, na qual a imaginação popular - sugestionada por elementos da esquerda - julgou ver a configuração do Brasil. (É assim que nascem os mitos)

Cedo, na manhã seguinte, empregados da prefeitura vieram limpar a calçada desta feia mácula, e quando começaram a raspar do muro o palavrão, aos poucos se foi formando diante deles um grupo de curiosos.

Aconteceu passar por ali nessa hora um modesto funcionário público que levava para a escola, pela mão, o seu filho de sete anos. O menino parou, olhou para o muro e perguntou:

- *Que é que está escrito ali, pai?*
- *Nada. Vamos andando que já estamos atrasados...*
O pequeno, entretanto, para mostrar aos circunstantes que já sabia ler, olhou para a palavra de piche e começou a soletrá-la em voz muito alta: 'LI-BER...'
- *Cala a boca, bobalhão! - exclamou o pai, quase em pânico. E, puxando com força a mão do filho, levou-o quase de arrasto, rua abaixo."*

Érico Veríssimo.

* VERÍSSIMO, Érico. Incidente em Antares. 45ª ed. São Paulo: Globo, 1995. p. 484 -485.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	viii
RESUMO	x
ABSTRACT	xi
INTRODUÇÃO	01
1 ORIGENS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS PRIMEIROS ENLACES COM O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ELEMENTOS PARA COMPREENDER A VERSÃO SUBSTANTIVA	13
1.1 ANTECEDENTES INGLESES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	14
1.1.1 LAW OF THE LAND: A CLÁUSULA ORIGINÁRIA APOSTA NA MAGNA CARTA INGLESA	14
1.1.2 LAW OF THE LAND: RELEITURAS DO SÉCULO XVII	24
1.2 A RECEPÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS E OS PRIMEIROS ENLACES COM O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	43
1.2.1 A CONSTITUIÇÃO, SUA SUPREMACIA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL	44
1.2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A ERA TRADICIONAL E O SUBSTANTIVO DEVIDO PROCESSO LEGAL	59
1.2.3 CASOS ULTRA JUDICIAL REVIEW: PRIMEIRA APARIÇÃO EXPLÍCITA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW	71
1.3 A DÉCIMA QUARTA EMENDA: INSERINDO OS ESTADOS NOS DITAMES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	81
1.3.1 A RETÓRICA PRÉ-BÉLICA: AMBIÊNCIA E OS ANTECEDENTES CONGRESSUAIS DA EMENDA	82
1.3.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA DÉCIMA QUARTA EMENDA	92
2 O PRIMEIRO MOMENTO DA CONSTRUÇÃO DA VERSÃO SUBSTANTIVA: ECONOMIC SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW	102
2.1 APONTAMENTOS INICIAIS	103
2.1.1 A IDENTIDADE ENTRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL DA QUINTA E DA DÉCIMA QUARTA EMENDAS E A DOUTRINA DA INCORPORAÇÃO SELETIVA	103
2.1.2 A DOUTRINA DA STATE ACTION	110
2.1.3 A JUDICIAL REVIEW ENSEJADA PELA DÉCIMA QUARTA EMENDA E O CARÁTER NÃO UNIFICATÓRIO DA EMENDA	115
2.2 FORJAMENTO, ACEITAÇÃO E APLICAÇÃO DA DOUTRINA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO	119
2.2.1 A ARTICULAÇÃO DA DOUTRINA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO E OS PRIMEIROS PASSOS RUMO À SUA ACEITAÇÃO	122
2.2.2 A ADESÃO DA SUPREMA CORTE: APLICAÇÃO DA DOUTRINA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO ECONÔMICO	134
2.3 A EMERGÊNCIA DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO ECONÔMICO	152

2.3.1	NEW DEAL: DUE PROCESS OF LAW ECONÔMICO COMO ATOR DO CHOQUE ENTRE A PRESIDÊNCIA E A SUPREMA CORTE	153
2.3.2	A VIRADA DA SUPREMA CORTE: WEST COAST HOTEL V. PARRISH	157

3 O SEGUNDO MOMENTO DA CONSTRUÇÃO DA VERSÃO SUBSTANTIVA DO PRINCÍPIO: PERSONAL SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW

3.1	OS PRIMEIROS CASOS DO PERSONAL SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW: EM PLENA ERA LOCHNER	164
3.1.1	ATUANDO EM FACE DA QUESTÃO RACIAL	165
3.1.2	ASSEGURANDO DIREITOS NÃO ENUMERADOS	170
3.1.3	CANALIZANDO AS LIBERDADES DA PRIMEIRA EMENDA	172
3.2	PERSONAL SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW PÓS NEW DEAL: CONDUZINDO OS DIREITOS DO BILL OF RIGHTS AOS ESTADOS	179
3.2.1	TUTELA A UM DIREITO DOS TRABALHADORES: O PIQUETE	184
3.2.2	DIREITOS DA PRIMEIRA EMENDA: ALVO DA PROTEÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	188
3.3	O RESGATE DA AUTONOMIA DA DOCTRINA: DÉCADA DE 1960 ATÉ OS DIAS ATUAIS	199
3.3.1	CANALIZAÇÃO DE DIREITOS ENUMERADOS	200
3.3.2	A AUTONOMIA DA DOCTRINA E UM NOVO RUMO: O DIREITO À PRIVACIDADE	207

4 DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO: RAZÃO ABSTRATA, FUNÇÃO E CARACTERÍSTICAS DE APLICABILIDADE

4.1	A RAZÃO ABSTRATA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO	236
4.1.1	ALGUMAS NOTAS ACERCA DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS	237
4.1.2	O ALTO TEOR DE ABSTRAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	240
4.1.3	DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO: UM PRINCÍPIO DOTADO DE PLASTICIDADE	251
4.2	FUNÇÃO DA VERSÃO SUBSTANTIVA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	261
4.2.1	NOTAS SOBRE A FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS E ENTRE REGRAS	262
4.2.2	DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO: AUXILIANDO NOS CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS	264
4.2.3	APONTAMENTOS ACERCA DOS EFEITOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	268
4.3	CARACTERÍSTICAS DE APLICABILIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO	285
4.3.1	O TESTE DA RAZOABILIDADE E SEUS DOIS PADRÕES: TESTE DA RAZOABILIDADE MÍNIMA E ESCRUTÍNIO ESTRITO	286
4.3.2	AS DOCTRINAS DA POSIÇÃO PREFERENCIAL E DO COMPELLING INTEREST	301
4.3.3	A PRESUNÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	314

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
Abr.	Abril
Ag.	Agosto
ampl.	Ampliada
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Cf.	Conferir
Cit.	Citado
Co.	<i>Corporation</i>
Coord.	Coordenador
CP	Código Penal
Dez.	Dezembro
ed.	Edição
e.g.	exempli gratia
EUA	Estados Unidos da América do Norte
FBI	Federal Bureau of Investigation
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
<i>How.</i>	<i>Howard's Reports</i>
Id.	idêntico ao anterior
i.e.	isto é
jan.	Janeiro
jul.	Julho
jun.	Junho
mai.	Mai
mar.	Março
MS	Mandado de Segurança
Min.	Ministro
nº	número

nov.	Novembro
op. cit.	Obra citada
Org.	Organizador
Out.	Outubro
p.	página
ps	páginas
rel.	relator
rev.	revista ou <i>review</i>
s/d	sem data
set.	Setembro
ss.	seguintes
SUS	Sistema Único de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
t.	tomo
trad.	tradução
U.S:	<i>United States Reports</i>
v.	volume
v.	contra (<i>versus</i>)
<i>Wall.</i>	<i>Wallace's Reports</i>

RESUMO

A pesquisa possui como temática central a *doutrina* do substantivo devido processo legal. O objetivo nuclear consiste em levantar a razão abstrata, a função e as características de aplicabilidade da *doutrina* do substantivo devido processo legal, a partir da longa e contínua linha decisória da Suprema Corte estadunidense. Para atingir tal objetivo, examina, primeiramente, a enigmática origem da versão substantiva do devido processo legal nos direitos inglês e norte-americano, no intuito de buscar os elementos que proporcionaram ou contribuíram para o enlace de uma cláusula de cunho originariamente procedimental com o controle material de constitucionalidade das leis e atos administrativos. Depois, retrata os casos deslindados pela Suprema Corte norte-americana que compõem as duas grandes Eras da *doutrina* do substantivo devido processo legal, a Era do *economic substantive due process of law* (1890-1937) e a Era do *personal substantive due process of law* (1938/dias atuais). Por fim, realiza um exercício de reflexão sobre o material coletado e descrito e expõe a razão abstrata, a função e as características de aplicabilidade da *doutrina* do substantivo devido processo legal. Os casos estudados restringem-se tão-somente àqueles decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, entre 1890 e 1995, com escora ou com ligação direta na *doutrina* do substantivo devido processo legal. Os resultados obtidos pela pesquisa revelam que a *doutrina* do substantivo devido processo legal não se esgota na singela compreensão de sua razão abstrata, função e características de aplicabilidade elaborados nesta pesquisa, mas que ela traz uma ampla gama de consequências, primordialmente no que respeita ao controle judicial de constitucionalidade e ao papel do Poder Judiciário em Estados republicanos e federativos que adotam tal controle, abrindo espaço para debates em diversas searas, que ultrapassam, inclusive, os lindes do Direito Constitucional, para repousar na Teoria e Filosofia do Direito, bem como na Teoria e na Ciência Políticas.

Palavras Chave: Devido Processo Legal Substantivo, controle material de constitucionalidade das leis e atos administrativos, *substantive due process of law*, *judicial review*, Direito norte-americano.

ABSTRACT

This research has as central subject the substantive due process of law constitutional doctrine. The core objective consists in raising up the abstract reason, the function and the forms of applicability of the substantive due process of law doctrine, having as stand point the Supreme Court continuous and long course of decision upon the subject. To accomplish this objective, it examines initially, the enigmatic origins of due process of law substantive content on English law prior to 1689 and on North American early constitutional law. This part intends to rise up the elements that contributed for or made possible the connection between an originally procedural clause and the Judicial Review of legislative and executive acts. After, it portrays the cases decided by the United States Supreme Court which compound the two main Eras of substantive due process doctrine – the economic Era (1890-1937) and the personal Era (1938/nowadays). Ending, it realizes an exercise of reflection on the collected and described material, expounding the substantive due process of law doctrine abstract reason, function and forms of applicability. All cases commented on this research are from the United States Supreme Court, and were selected among those decided between 1890 and 1995, which have a direct relation to the substantive due process of law doctrine. The result of the research reveals that the substantive due process of law doctrine does not end with the simple comprehension of its abstract reason, function and forms of applicability. This constitutional doctrine has an enormous far reaching, particularly expressive for the judicial review and for the meaning of the judicial branch in a federate republic. It gives room for a lot of kind of issues, which goes beyond the Constitutional Law touching the Philosophy and the Theory of Law, as well as the Political Theory and Science.

INTRODUÇÃO

"DUE PROCESS OF LAW, the simplest and most far-reaching of constitutional phrases."

Rodney L. Mott

*"ANTÍGONA: Nem eu sabia que tuas ordens
tivessem o poder de superar
as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal
Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas
São sempre vivas, nem se sabe quando surgiram."
Sófocles*

O tema central da pesquisa que ora se apresenta é a versão substantiva do *princípio* constitucional do devido processo legal, investigada com fulcro nas suas matrizes inglesa e norte-americana. Examinam-se as origens do *princípio* e de sua versão substantiva, bem como a longa *construção* dessa versão pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (doravante Suprema Corte), com o escopo de extrair da história e da trajetória jurisprudencial do devido processo legal substantivo sua *razão abstrata*, sua *função* e suas *características de aplicabilidade*.

No Brasil, a cláusula devido processo legal ganhou guarida constitucional explícita em 1988, com a promulgação da Carta Política que marcou a reabertura democrática do país. A partir da proposta do deputado Vivaldo Barbosa, foi insculpida lado a lado com os direitos e garantias individuais, como um *princípio* constitucional pertencente ao núcleo de imutabilidade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante CF/88). Tanto a proposta como sua aceitação pela Assembleia Nacional Constituinte responderam a um intenso clamor; havia tempo que os juristas e operadores do direito pugnavam pela inserção explícita da cláusula oriunda do Direito anglo-americano em seara constitucional.

Porém, da positivação tardia não se pode inferir a completa ausência do *princípio* no Direito pátrio. Desde as primeiras décadas do constitucionalismo republicano brasileiro que o devido processo legal já era compreendido como implícito no ordenamento jurídico nacional. Constituía objeto de estudo doutrinário e de aplicação nos tribunais, principalmente através de seus – consoante denominação atual – *subprincípios concretizadores*, como o contraditório e a ampla defesa. Durante essa etapa, a discussão e o labor doutrinários e a aceitação e a aplicação nos tribunais giravam, quase que exclusivamente, em torno da versão **procedimental** do *princípio*, isto é, o devido processo legal restringia-se a uma garantia inerente ao procedimento jurisdicional. Neste diapasão, o devido processo legal procedimental, nesse

interregno, recebeu louros doutrinários e jurisprudenciais, restando bem estudado, detalhado. jurisprudencialmente afirmado, em suma, um *princípio* com as linhas mestras delineadas.

A versão **substantiva** do *princípio* – ligada, nos Estados Unidos da América do Norte (doravante Estados Unidos ou EUA), ao controle de constitucionalidade, como cláusula constitucional autorizadora do controle jurisdicional de razoabilidade dos atos legislativos, executivos ou judiciais cerceadores dos direitos de *vida, propriedade e liberdade* – mereceu pouca atenção doutrinária e tribunesca no Brasil. São raros os estudos acadêmicos ou doutrinários que sobre ela se debruçaram, merecendo especial destaque o texto pioneiro de San Tiago Dantas, publicado ao final da década de 1940. Até o limiar da década de 1980, a faceta substantiva do *princípio* não contava com adesão dos tribunais, inexistindo labor ou aprofundamento jurisprudencial acerca do tema.

Em fins da década de 1980, o interesse e os estudos sobre a versão substantiva do devido processo legal incrementaram-se, culminando com a adesão dos tribunais, os quais, lentamente, passaram a aplicá-la. Após a positivação do *princípio*, esta conjuntura aprimorou-se, crescendo em número e qualidade os estudos sobre o devido processo legal substantivo, bem como as decisões judiciais nele escoradas, tanto de tribunais inferiores como do Supremo Tribunal Federal (doravante, STF). Mesmo assim, duas questões relevantes podem ser apontadas quanto ao entendimento e à operacionalização dessa versão do *princípio* no Brasil. A primeira diz respeito à sua magnitude. As aplicações do devido processo legal substantivo aqui feitas recebem qualificativos como *dormência, sonolência, timidez, acanhamento*, quando comparadas à matriz norte-americana. Aqui não se confere toda a extensão e grandeza que o *princípio* recebe no constitucionalismo estadunidense, não se aproveita dele tudo o que pode oferecer. Sua exploração, apesar de já existente, ainda é parca.

A segunda questão, por sua vez, versa sobre a compreensão propriamente dita do *princípio* em faceta substantiva. Na doutrina, encontram-se muitas confusões e divergências acerca da versão substantiva, havendo desde quem a compreenda como uma simples extensão da faceta procedimental aos procedimentos legislativos e administrativos, ou como um *princípio* que veda a edição de leis *ex post facto* e as delegações legislativas *in albis*, até quem o vislumbre como um congênere do *princípio* da igualdade, ou como uma cláusula que autoriza o Poder Judiciário a declarar inconstitucionais leis e atos governamentais não razoáveis, confundindo ausência de razoabilidade com *moralidade, desejabilidade* ou *preferência*, entre outros posicionamentos. Os tribunais, inclusive o STF, não possuem constância na aplicação do devido processo legal substantivo, que seja capaz de fornecer aos destinatários das decisões elementos claros de argumentação e previsibilidade. Na maioria das vezes, têm igualado o devido processo legal substantivo ao *princípio* de origem germânica da proporcionalidade. A maior parte da doutrina acata, acriticamente e fundada em argumento de autoridade do STF, a igualização entre o

princípio germânico e o norte-americano, ao passo que alguns estudiosos negam com veemência esta possibilidade, afirmando que proporcionalidade e devido processo legal substantivo são incomensuráveis

Diante de tão díspares compreensões doutrinárias e de decisões judiciais forçadas sem o amparo em uma diretriz constante e firme, percebe-se que não há certa coerência na *construção* da versão substantiva, que não há acordo sobre seus elementos básicos, formadores do *esqueleto* do *princípio*, e, tampouco, sobre suas características de aplicação. Por um lado, a uniformidade total não é saudável, pois os *princípios* são, por si só, fórmulas flexíveis, amoldáveis aos casos concretos, *abstratos* e *plásticos*, o que esclarece a impossibilidade de aprisioná-los em fórmulas estanques e acabadas. Por outro lado, concepções tão antagônicas como as que se têm apresentado no constitucionalismo brasileiro acabam por tornar o devido processo legal substantivo uma *fórmula vazia*, carente de qualquer sentido e manuseável como um *curinga*, existindo, inclusive, risco de perversão de sua *raison d'être* – a contenção de arbitrariedade nas relações entre o Estado e os indivíduos – para uma proteção do Estado diante dos indivíduos.

Ao examinar os Anais da Assembléia Nacional Constituinte, em busca de elementos para *construir* o devido processo legal, percebe-se imediatamente que a exposição de motivos remete ao Direito anglo-americano, menciona a maciça aceitação doutrinária e jurisprudencial do *princípio*, bem como lista alguns doutos que centraram seus esforços na cláusula. Num primeiro olhar, a menção à aceitação doutrinária e jurisprudencial parece excluir a versão substantiva, que até 1988 não possuía acatamento significativo. Todavia, os estudiosos citados são justamente aqueles que trabalharam com a versão substantiva do devido processo legal chamando por seu emprego no Direito Constitucional brasileiro. Esta manifestação aposta na exposição de motivos, aliada a outros elementos do sistema constitucional pátrio, permitiu a adesão doutrinária e jurisprudencial à faceta substantiva do *princípio*. Então, apesar das celeumas e dissensos doutrinários, da *dormência* e das fundações arenosas da aplicação do devido processo legal substantivo, é essencial frisar que a maior parte dos estudiosos e alguns tribunais, máxime o STF, optam pela adequação do devido processo legal substantivo ao sistema constitucional pátrio.

A história legislativa do *princípio* não fornece, entretanto, maiores elementos para o esclarecimento de seu conteúdo. A proposta foi pouco debatida e não houve, nos discursos e parlamentações da Assembléia Nacional Constituinte, referência ao aspecto substantivo do devido processo legal. Mas há, na proposta, direta conexão do *princípio* com o Direito anglo-americano. É no Direito inglês que se encontra o antecedente histórico do devido processo legal, a cláusula *law of the land*. Nele estão também as bases do Direito norte-americano, e **pode** estar, ainda, a primeva manifestação acerca da substantividade do devido processo legal. No entanto, a versão substantiva do devido processo

legal não vingou na Inglaterra, uma vez que aí foi adotada a supremacia parlamentar, noção incompatível com a de controle jurisdicional de constitucionalidade.

Foi nos Estados Unidos que o devido processo legal substantivo tomou-se *doutrina* constitucional aceita, entendida como um *avanço* no controle jurisdicional de constitucionalidade, ao permitir que o Poder Judiciário controle a razoabilidade dos atos normativos privadores dos direitos de vida, propriedade e liberdade. Assim compreendido, o *princípio* firmou-se como arma potente dos indivíduos contra o arbítrio estatal quando este atinge direitos dotados de fundamentabilidade. Muitos estudiosos, juizes e *Justices* concordam que o devido processo legal substantivo é um *princípio* vital para a manutenção de uma sociedade democrática, republicana e plural, uma vez que defende *valores* centrais postos na Constituição contra ataques fundados nas necessidades de eficácia governamental e em paixões majoritárias. A larga experiência norte-americana com o devido processo legal substantivo rendeu-lhe, na visão de grande parte dos doutos, o título de baluarte de inserção de razoabilidade nas relações Estado/indivíduo que envolvem privações dos direitos de *vida, propriedade e liberdade*, bem como o de *princípio* que atua em favor da concretização dos *princípios* democrático, republicano e federativo.

Desse modo, na tentativa de aclarar alguns elementos do devido processo legal substantivo, pode-se *beber das fontes* do Direito inglês, no qual nasceu o devido processo legal e, **talvez**, a versão substantiva; pode-se, também, consultar o Direito norte-americano, sistema no qual foi largamente trabalhado e sedimentado o devido processo legal substantivo. A trajetória octocentenária do devido processo legal, iniciada na Magna Carta inglesa, fundamentalmente nos cento e cinquenta anos de labor da Suprema Corte estadunidense sobre a versão substantiva, é capaz de lançar muitas luzes acerca do conteúdo, dos elementos constantes, da razão de ser, das funções e das características de aplicabilidade do *substantive due process of law*. Assim, o **objetivo geral** desta pesquisa consiste justamente em investigar esta longa trajetória com o fito de compreender a *doutrina* do devido processo legal substantivo, delineando sua *razão abstrata*, sua *função* e suas *características de aplicabilidade*.

Este objetivo geral pode ser **justificado** com apoio em todos os fundamentos retromencionados. Se o devido processo legal foi positivado na CF/88 no relevante e intangível rol de direitos e garantias individuais, se a versão substantiva do *princípio* tem sido aceita pela doutrina e aplicada pelos tribunais, se acerca dela pairam divergências, nebulosidades, qualificativos como *dormência*, identificação controversa com o *princípio* da proporcionalidade, e, se, noutro sistema de Direito, o devido processo legal substantivo conta com, no mínimo, cento e cinquenta anos de labor jurisprudencial que lhe conferem caracteres constantes e um *esqueleto básico*, e lhe rendem um importante papel no controle e na limitação dos processos públicos de tomada de decisão e de instrumento de concretização democrática, pesquisar o *princípio* dentro deste sistema, valorizando toda a carga de significação que lhe foi impressa

ao longo dos anos, pode contribuir para sua aplicação adequada e máximo aproveitamento, auxiliando no deslinde das dicotomias e fornecendo alguns pontos para o seu esclarecimento.

Além disso, a pesquisa de um instituto proveniente de outro sistema constitucional, mormente quando recepcionado pelo pátrio, é por si só provida de interesse, uma vez que, ao descrever as experiências alienígenas no seu manejo, tem a possibilidade de favorecer a percepção de seus perigos e de suas benesses. Ao trazer a lume diferenças entre conceitos, tradições e códigos de linguagem de um sistema constitucional diverso, pode coadjuvar para que o diálogo entre os sistemas não seja um diálogo de surdos, mas um discurso frutífero. A este interesse de per si que possui o estudo de institutos do Direito estrangeiro, alia-se, no caso do devido processo legal substantivo, a atualidade, uma vez que temas a ele associados ou mesmo igualados, como a questão do cerceamento de Direitos Fundamentais, o choque entre *princípios* constitucionais, a proporcionalidade, a ponderação de interesses e o controle material de constitucionalidade estão na pauta do dia entre os constitucionalistas e, também, nas decisões do STF. Ademais, o devido processo legal substantivo está umbilicalmente relacionado com duas preocupações recorrentes hodiernamente: a limitação do uso arbitrário do poder e a promoção dos Direitos Fundamentais.

O objetivo geral desta pesquisa, para ser atingido, foi desmembrado em três **objetivos específicos**, que a ele conduzem. O primeiro consiste em examinar as origens remotas do princípio do devido processo legal no Direito inglês e os elementos que proporcionam a existência da versão substantiva, por formarem o seu *background* ou comporem-na, tanto no Direito inglês como nos passos iniciais do constitucionalismo norte-americano. Quanto ao Direito inglês, o marco inicial deste objetivo é a Magna Carta inglesa de 1215 e o final, o *Bill of Rights* de 1689. Quanto ao norte-americano, o marco inicial está situado no princípio da vida colonial, e o final, para este objetivo, na ratificação da Décima Quarta Emenda à Constituição, em 1868. O segundo objetivo consubstancia-se em acompanhar e estudar a linha de casos e precedentes que ofertou conteúdo e sedimentação à *doutrina* do devido processo legal substantivo, cingindo-se à da Suprema Corte dos Estados Unidos*. Os marcos de início e termo deste objetivo situam-se no final do século XIX e no final do século XX, respectivamente. O terceiro e último objetivo específico traduz-se no traçado de considerações sobre alguns aspectos destacados da *doutrina* do devido processo legal substantivo, quais sejam, sua *razão abstrata*, sua *função* e suas *características*

* Doravante, o termo Suprema Corte designará sempre a Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Na mesma esteira, os termos Corte ou Cortes serão usados para os órgãos julgadores ingleses e norte-americanos, reservando-se os termos Supremo Tribunal e Tribunais para os órgãos julgadores pátrios. Apenas quando necessário para distinguir a Suprema Corte de uma Suprema Corte estadual ou para melhor situar alguma questão utilizar-se-á o qualificativo estadunidense, ou norte-americana. As Supremas Cortes estaduais sempre aparecerão delimitadas pela terminologia estadual, do estado, ou serão acompanhadas pelo nome do respectivo estado.

de aplicabilidade. Este objetivo é forjado a partir dos subsídios fornecidos pelo cumprimento dos dois primeiros objetivos específicos.

Esses três objetivos específicos necessitam maior detalhamento, a fim de que os cortes epistemológicos fiquem bem explícitos, evitando, assim, a criação de falsas expectativas. Quatro grandes cortes hão de ser referidos, e há de ser realizado, também, um alvitre no que tange às hipóteses formuladas no projeto de dissertação defendido e aprovado nesta casa.

Corte um. Não se trata, aqui, de uma pesquisa comparativista. Sua metodologia e seu método não se aproximam nem estão lastrados nos de Direito Comparado. Não há o cotejo item a item dos institutos e *princípios* ligados ao devido processo legal substantivo no sistema constitucional norte-americano com os do sistema constitucional brasileiro. A pesquisa ambienta-se nas origens inglesas do devido processo legal, nos elementos anglo-americanos que permitiram a *construção* da substantividade deste *princípio*, e em casos decididos pela Suprema Corte com escora na *doutrina* do devido processo legal substantivo, para, a partir disso, elaborar algumas linhas mestras sobre ela. **Não é objetivo** comparar o desenvolvimento, as características de aplicabilidade e a função do devido processo legal substantivo nos Estados Unidos com o percurso brasileiro da cláusula em versão substantiva. Este corte segue orientação metodológica de que numa dissertação de mestrado não estão presentes todas as condições necessárias para o adequado desenrolar de uma pesquisa de cunho comparativo, dadas sua complexidade, sua delonga e suas peculiaridades metodológicas.

Corte dois. Os casos decididos pela Suprema Corte com escora no devido processo legal substantivo envolvem temas bastante polêmicos, os quais variam desde a intervenção estatal na economia, supressão da liberdade de associação política até aborto, morte digna e escolhas atinentes à vida sexual. Esses temas não serão discutidos neste trabalho. Não serão tecidos comentários e nem serão apreciadas a suposta *correção*, a *adequação* ou outras *valorações* sobre os posicionamentos da Suprema Corte em cada um desses temas. Da mesma forma, não estão sujeitos a observações *valorativas* os fatos e opções históricas descritas ao longo do texto. Não é objetivo desta pesquisa examinar e debater os resultados obtidos pela Suprema Corte nos casos estudados diante das condições históricas, políticas, econômicas e sociais norte-americanas, muito menos comentá-los à luz de elementos externos ao sistema constitucional estadunidense. O objetivo restringe-se à apreciação da linha evolutiva da *doutrina* do *substantive due process of law*, sua argumentação, estruturação, justificação, acusações, defesas, formas de aplicação, sempre com o escopo de extrair dela elementos nucleares capazes de fornecer sua *razão abstrata*, *função* e *características de aplicabilidade*.

Corte três. O devido processo legal substantivo está intimamente ligado ao controle de constitucionalidade, a ponto de ser considerado um de seus avanços contemporâneos. O trabalho aborda apenas pontualmente o controle jurisdicional de constitucionalidade nos Estados Unidos; não é objetivo específico nem temática central da pesquisa estudar e esmiuçar seu nascimento e evolução. Não haverá abordagem sobre a propriedade ou suposta *superioridade* deste sistema sobre os demais, bem como não serão alvo de labores críticos os *tradicionais* e *modernos* discursos de legitimação desta forma de controle. No mesmo rumo, não serão debatidos o surgimento e crescimento do *ativismo judicial* nos Estados Unidos. Tanto o controle de constitucionalidade quanto o *ativismo judicial* permeiam todo o trabalho, situados como pano de fundo. Aparecerão no curso do texto, sempre relacionados com o *princípio* aqui em foco, mas não como eixos centrais ou *fios condutores* da pesquisa. Sua exploração cinge-se ao estritamente necessário à compreensão do devido processo legal substantivo e – frisa-se – não tem o caráter de debate acerca de sua propriedade.

Corte quatro. Esta pesquisa não se destina a efetuar o traslado do devido processo legal substantivo para o sistema constitucional brasileiro, avaliando sua adequação e possibilidades exegéticas aqui. Também não se destina ao estudo específico da evolução doutrinária e jurisprudencial desta faceta do *princípio* no Direito Constitucional brasileiro. A pesquisa sequer penetra nos meandros do constitucionalismo nacional; não é objetivo do trabalho descrever o trato do *princípio* no universo constitucional pátrio, ou ponderar sobre seu encaixe no Brasil tal qual é nos Estados Unidos, buscando sua adequação às cores locais. O objetivo fica muito aquém disto, busca-se simplesmente compreender as origens e a evolução do devido processo legal substantivo e tecer algumas considerações sobre seus pontos centrais a partir da experiência norte-americana.

Faz-se mister advertir que uma das hipóteses, à qual correspondia um objetivo específico do projeto de dissertação defendido e aprovado versava exatamente sobre essa questão. Pretendia-se historiar a trajetória do devido processo legal substantivo no Direito Constitucional brasileiro, tomando por ponto de partida o texto exordial de San Tiago Dantas, datado de 1948. Pretendia-se, além disso, investigar a recepção desta versão do *princípio* pelos tribunais, após a positivação constitucional, examinando e comentando as formas de adequação do *princípio* nestes páramos. Depois de um estudo mais acurado e aprofundado do devido processo legal substantivo, declinou-se desta hipótese e deste objetivo específico, pelos motivos a seguir expostos. É empreendimento audacioso o intercurso em um sistema constitucional estrangeiro, mesmo que exista limitação a um único *princípio* constitucional. Para que se compreenda um *princípio*, é necessário desvendar uma série de outros temas. Com o devido processo legal, esta tarefa mostra-se gigantesca, pois a grandiosidade e as implicações do *princípio*, quando somados seus aspectos procedimental e substantivo, levam-no a ser reputado uma das *pedras fundamentais* do Direito

Constitucional estadunidense. Sozinho, é um *mundo* a ser explorado. O mesmo vale para a versão substantiva, imbricada que está com temas como controle de constitucionalidade, *ativismo judicial*, papel do Poder Judiciário em sociedades democráticas, democracia, republicanismo e federalismo.

Realizar esta empresa num sistema alienígena e migrar, depois, para o pátrio, em uma pesquisa dotada das limitações típicas de uma dissertação de mestrado, poderia conduzir a funestas consequências. Por um ângulo, poderia significar má delimitação temática e conseqüente superficialidade e frustração das respostas às hipóteses e ao cumprimento dos objetivos. Por outro, poderia conduzir a uma pesquisa densamente descritiva, desprovida da necessária argumentação e reflexão em torno das questões e dos fatos expostos. Por outro ângulo, ainda, poderia ensejar suposições acerca da tentativa de um estudo comparativo, realizado sem o domínio da técnica e da metodologia que lhe são inerentes. E, por fim, poderia conduzir à *avaliação* do trato do *princípio* no Direito Constitucional pátrio unicamente à luz de premissas americanistas.

Ademais, uma primeira análise do trato do devido processo legal substantivo no Brasil deixou entrever que tanto parte da doutrina como o STF o estão igualando com o *princípio* germânico da proporcionalidade, à revelia de vozes que insistem na impossibilidade desta igualdade. Diante dessa problemática, o estudo do devido processo legal substantivo no sistema constitucional pátrio levaria, inevitavelmente, ao estudo do *princípio* da proporcionalidade, e, portanto, ao Direito Constitucional alemão. Desde o início, o objeto maior desta dissertação foi o exame no sistema norte-americano, levantando apenas as origens do devido processo legal no Direito inglês. Se, depois do estudo nos Direitos inglês e norte-americano, houvesse deslocamento para o sistema nacional, onde a constatação de igualdade com a proporcionalidade fatalmente surgiria, duas portas estariam abertas, uma falha e outra inviável. A primeira consistiria em cotejar a proporcionalidade, como trabalhada pelos doutrinadores e pelos tribunais pátrios, com o devido processo legal substantivo consoante o labor norte-americano. Visivelmente falha esta possibilidade, pois a exploração do *princípio* anglo-americano teria sido mais profunda que a do germânico, o que poderia ensejar muitas incompreensões e até mesmo erros. Outra possibilidade seria a completa alteração estrutural da pesquisa, iniciando-a no Brasil, efetuando a constatação de igualização para, então, partir para o sistema norte-americano, passar pelo alemão, e, por fim, argumentar. Tarefa tão titânica que capitularia. Envolveria três línguas, três códigos de linguagem jurídica, três sistemas constitucionais. E mais, envolveria, ao seu termo, sustentação de *teses*, objetivo que escapa aos lindes de uma dissertação.

Feitas estas delimitações nos três objetivos específicos desta pesquisa e justificado o abandono de uma das hipóteses expostas no projeto originário, importa referir que, para cumprir os objetivos restantes, dividiu-se o trabalho em quatro etapas, cada uma correspondendo a um capítulo. Os capítulos guardam

relação de adequação com os objetivos específicos supra-referidos. Desta forma, o capítulo I corresponde ao primeiro objetivo específico, os capítulos II e III ligam-se ao segundo objetivo específico, e o capítulo IV, ao terceiro objetivo específico.

No primeiro capítulo, intitulado *Origens do devido processo legal e seus primeiros enlaces com o controle de constitucionalidade: elementos para compreender a versão substantiva*, há dois momentos distintos. Um diz respeito às origens inglesas do devido processo legal na Magna Carta e ao **possível** início da versão substantiva nas releituras do *princípio* elaboradas durante as contendas constitucionais inglesas travadas no século XVII. O outro trata da recepção do devido processo legal no constitucionalismo norte-americano, examinando o conteúdo lá impresso ao *princípio*, com foco precípua nos elementos que formam o *caldo de cultura* necessário ao desenvolvimento da versão substantiva, paulatinamente forjados desde a época colonial até o advento da Décima Quarta Emenda à Constituição, em 1868. Esta etapa do trabalho é essencialmente histórica e descritiva, e – adianta-se desde já – não foi elaborada com o escopo de responder à árdua questão do momento exato de surgimento do substantivo devido processo legal, mas sim com o intuito de descortinar os antecedentes *genéricos* (procedimentais e substantivos) do *princípio*, e os componentes que formam o *background* da versão substantiva ou que, mais tarde, passaram a compô-la.

É necessário aduzir que, do segundo momento deste capítulo em diante, trabalhar-se-á a partir das noções de Constituição escrita e rígida, de supremacia da Constituição e de controle constitucional de constitucionalidade, pois a ausência desses elementos prejudicaria o exame do substantivo devido processo legal, para efeitos desta pesquisa. A argumentação funda-se em Estados que tenham adotado os *princípios* democrático, republicano, federativo e presidencialista e estejam na constante busca de concretização ótima desses *princípios*. Conformações diversas do Estado de Direito em relação ao *princípio* do substantivo devido processo legal não serão alvo de argumentação.

Nos capítulos segundo e terceiro, denominados *O primeiro momento da construção da versão substantiva do princípio: economic substantive due process of law* e *O segundo momento da construção da versão substantiva do princípio: personal substantive due process of law*, respectivamente, lida-se com os casos decididos pela Suprema Corte com âncora na *doutrina* do substantivo devido processo legal. Trata-se de um exame da contínua *construção* e do gradual evoluir do substantivo devido processo legal no sistema *case-by-case* típico da Corte Maior estadunidense. O segundo capítulo encampa a chamada *Era Econômica* do devido processo legal substantivo, iniciada em fins do século XIX e finda em 1937. O terceiro capítulo tem seu foco na *Personal Era* do *princípio*, iniciada com autonomia na década de 1960 e em voga até os dias atuais. A exemplo do primeiro capítulo, o segundo e o terceiro são densamente descritivos, com abordagem voltada à explanação dos mais significativos casos e dos

precedentes do substantivo devido processo legal. Esses capítulos têm uma tríplice função: a) esclarecer e apontar os principais momentos evolutivos da *doutrina* do substantivo devido processo legal; b) fornecer as bases e subsídios para o levantamento e argumentação, no último capítulo, da *razão abstrata*, da *função* e das *características de aplicabilidade* do substantivo devido processo legal; c) expor os argumentos da Suprema Corte em questões constitucionais solvidas com fulcro no substantivo devido processo legal.

O exame dos casos nos segundo e terceiro capítulos não é exaustivo. São avaliados apenas os mais significativos e os que criaram precedentes. A escolha não foi, pois, aleatória, mas fundada em minudente pesquisa, tanto em renomados constitucionalistas e estudiosos como nos próprios casos, a fim de deter atenção apenas nos casos de importância, repercussão futura ou que trouxeram elementos contributivos ao posterior desenvolvimento e aprimoramento da *doutrina* do substantivo devido processo legal.

No quarto capítulo, chamado *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade*, reflete-se sobre as informações colhidas e expostas nos três capítulos iniciais, e tecem-se argumentos sobre os traços que definem a *razão abstrata* do *devido processo legal substantivo*, ou seja, conceito abstratíssimo e constante desta versão do *princípio*; sobre a *função* exercida pelo viés substantivo e os efeitos por ela ensejados no controle jurisdicional de constitucionalidade, e, finalizando, sobre as características constantes de aplicabilidade do substantivo devido processo legal, isto é, o encadeamento de passos formais que conduzem a argumentação da aplicação da faceta *substantiva* do *devido processo legal*. Diferentemente dos demais capítulos, este é essencialmente reflexivo e argumentativo; é, também, o espaço no qual são desenvolvidas considerações teóricas sobre o substantivo devido processo legal, fechando o objetivo central e o terceiro objetivo específico desta pesquisa.

O método de abordagem utilizado foi o indutivo-reflexivo, tendo-se partido de situações particulares e concretas para, depois, refleti-las e delas extrair apontamentos teóricos. O de procedimento, o monográfico. Como técnicas de pesquisa, lançou-se mão das técnicas bibliográfica – com consulta a livros e revistas especializadas – e documental – com exame de textos legais, documentos históricos e oficiais e de casos decididos pela Suprema Corte.

Antes de pôr termo a este intróito, são úteis alguns avisos de ordem metodológica. No curso da pesquisa, procurou-se privilegiar a consulta à fonte direta, evitando mencionar casos, autores e documentos pela via indireta. Entretanto, como o trabalho ambienta-se no Direito estrangeiro e abarca um longo lapso, nem sempre foi possível a obtenção da fonte direta. Nessas situações, optou-se por selecionar fontes indiretas de alta confiabilidade, ou obras que contivessem excertos dos textos e documentos não

apreciados diretamente. Os documentos históricos e legais e os casos da Suprema Corte foram buscados na *internet*. Na medida do possível, foram escolhidos os *sites oficiais*, ou de reconhecidas universidades e instituições estadunidenses. A busca desses documentos, textos e casos foi empreendida durante o segundo semestre de 1999 e o primeiro semestre de 2000, interregno no qual não vigia a nova norma da ABNT, que exige que a referência de fontes coletadas via *internet* venha acompanhada da data de acesso, premissa que não foi observada. Quando houve ciência desta necessidade, conferiu-se, uma a uma, a disponibilidade dos endereços referidos neste trabalho em alguns dias específicos do mês de maio do corrente. Por este motivo, a exigência normativa foi preenchida com as datas destes dias, compreendidos entre 22 e 25 de maio de 2001.

A ABNT não normatiza a forma de referência dos casos da Suprema Corte. Estes casos são identificados e citados de forma bem diversa da nacional, não havendo possibilidade de interpretar analogicamente a norma da ABNT. Deste modo, optou-se por referir o caso de forma completa, consoante o exemplo que se segue: *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). A nomenclatura indica as partes envolvidas, posicionado em primeiro lugar o pólo ativo (*Roe*) e em segundo o passivo (*Wade*). Geralmente, essa ordem representa a posição nos pólos em primeira instância, mantendo-se inalterada, mesmo quando a atividade recursal os inverte. Quando, pela alteração recursal houver alteração da denominação, haverá algum indicativo disto. O *v.* significa *contra*, em *oposição a*. Como nos Estados Unidos não há um similar ao *Diário Oficial*, a publicação das decisões é feita em coletâneas oficiais. As decisões da Suprema Corte encontram-se no *United States Reports*, simbolizados pela sigla U.S. O primeiro número indica o volume da coletânea (constante para um mesmo caso, no exemplo, 410) e o segundo (113), o da página inicial em que se encontra o caso no volume. O número que aparece entre parênteses, cuja menção não é obrigatória, designa o ano da decisão. Nas obras norte-americanas, é costume referir nas notas de pé de página apenas a identificação numérica, deixando de lado a nomenclatura das partes, possibilidade não adota neste trabalho. A fim de facilitar a identificação dos casos e o manuseio do texto, o nome das partes constará sempre da referência. Convém informar que nas decisões da Suprema Corte não há um equivalente à ementa; há, sim, um resumo bastante extenso do caso, chamado *syllabus*. A ABNT requer a transcrição das ementas nas referências jurisprudenciais. Todavia, como o *syllabus* é algo diferente e, na maioria das vezes, ocupa várias páginas, optou-se por não equipará-lo à ementa, e, portanto, por não transcrevê-lo nas referências.

Como os casos, documentos, textos legais e um significativo número de obras consultadas estavam em sua língua original, o inglês, os trechos citados no corpo do texto serão uma *tradução livre* da autora, constando, nas notas de rodapé, sua versão original.

A fim de evitar repetições, para efeitos deste trabalho, usam-se como sinônimas as expressões devido processo legal, cláusula do devido processo legal, *due process of law*, *due process of law clause*. Da mesma forma, são intercambiáveis os termos versão, faceta, *doutrina*, viés quando ligadas à substantividade do devido processo legal. Distingue-se apenas o termo *principio*, com esta grafia, que possui um significado específico, e que, além da introdução, aparecerá apenas no quarto capítulo e nas considerações finais.

1 ORIGENS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS PRIMEIROS ENLACES COM O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ELEMENTOS PARA COMPREENDER A VERSÃO SUBSTANTIVA

"The question of whether an act against the constitution can become the law of the land."

Justice John Marshall

"Mas, para estes casos, ainda temos julgamentos aqui, com os quais damos sanguissedentas instruções, que, recém-aprendidas, acham o caminho de volta, para atormentar o próprio inventor. Essa justiça equilibrada, imparcial, prescreve e recomenda para nossos lábios os ingredientes de nosso cálice envenenado." (Macbeth)

William Shakespeare

O devido processo legal possui quase oitocentos anos de história. Seu antecedente histórico, a cláusula *law of the land*, pode ser encontrada na Magna Carta inglesa de 1215. A partir desta positivação inicial, o devido processo legal foi objeto de intensos estudos, elaborações doutrinárias e legislativas, bem como de construções judiciais, tanto em seu sistema jurídico originário como em diversos outros, merecendo especial destaque o desenvolvimento a ele impresso nos Estados Unidos. Apesar de compreendido inicialmente apenas como uma garantia **procedimental**, os labores empreendidos ao longo da história conferiram-lhe duas versões distintas, a versão **procedimental** – ligada às formalidades inerentes aos processos e procedimentos judiciais, prioritariamente – e a versão **substantiva** – aliada ao controle judicial de razoabilidade dos atos normativos constritores dos direitos de *vida, propriedade e liberdade*.

A origem da versão **procedimental** confunde-se com a origem da cláusula devido processo legal, na figura de seu antecedente histórico, o *law of the land*. Encontra-se, portanto, na Magna Carta inglesa. Já a origem da versão **substantiva** não é fácil de desvendar. Sua origem é descrita como um *enigma*, um *impasse histórico*, um *quebra-cabeças* e outros qualificativos do gênero. Não se sabe ao certo como, quando e aonde a cláusula do devido processo legal foi enlaçada com o controle material de constitucionalidade, tomando-se comando hábil a autorizar as Cortes de Justiça a controlar a razoabilidade do conteúdos dos atos normativos – legislativos, executivos e mesmo judiciais. Consegu-

* John Marshall. *Marbury v. Madison*. 05 U.S. (1803) Disponível em: «[*** SHAKESPEARE, William. *Macbeth*. Trad. Beatriz Viégas Torres. Porto Alegre: L&PM, 2000, p.30.](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=[Group+05+U.S.][[Level+Case+Citation:]]/[Group+citemenu:]]/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only» Acessado em: 22/05/2001.</p></div><div data-bbox=)

se apenas delimitar que a origem do substantivo devido processo legal situa-se em algum ponto dos constitucionalismos inglês e norte-americano, entre o selamento da Magna Carta, na Inglaterra, a decisão do caso *Dred Scott* e a aprovação da Décima Quarta Emenda, nos Estados Unidos.

Este capítulo objetiva descrever este *quebra-cabeça*, coletando, no longo período que vai desde a Magna Carta inglesa até a aprovação da Décima Quarta Emenda, suas *peças* essenciais. Para tal, comporta três partes primordiais. A primeira, ambientalizada no Direito inglês, possui como marco inicial a Magna Carta de 1215 e como final, o *Bill of Rights* de 1689. As outras duas, situam-se nos Estados Unidos, abarcando desde a vida colonial até a aprovação da Décima Quarta Emenda, em 1868. Essencial pontuar que este extenso lapso será estudado somente com o fito de trazer à tona elementos que compõem ou que são pré-condições para o desenvolvimento do devido processo legal substantivo. Não se trata, pois, de uma pesquisa geral sobre o constitucionalismo inglês ou sobre o constitucionalismo norte-americano, o recorte é feito a partir dos elementos que guardam relevância para o devido processo legal substantivo. Também não se pretende, sobremaneira, resolver ou levantar teses sobre a exata origem desta versão do devido processo legal, mas apenas identificar e situar historicamente os elementos que contribuíram para seu nascimento.

1.1 ANTECEDENTES INGLESES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Neste tópico, estudar-se-á duas etapas da história constitucional inglesa que possuem singular importância para a temática desta dissertação. Em um primeiro momento (subitem 1.1.1), deter-se-á a atenção na Magna Carta, marco de origem do devido processo legal *genérico*, destacando-se aspectos essenciais relacionados à cláusula e à possível existência de um viés substantivo. Após, em um segundo momento (subitem 1.1.2), serão examinados alguns pontos das contendas constitucionais inglesas do século XVII, pois neste interregno as cláusulas *law of the land* e *due process of law*, já identificadas, foram alvo de releituras, realizadas de modo tal que nelas **pode** repousar a origem da versão substantiva do devido processo legal.

1.1.1 LAW OF THE LAND: A CLÁUSULA ORIGINÁRIA APOSTA NA MAGNA CARTA INGLESA

A Magna Carta inglesa foi selada em 1215, no reinado de João Sem Terra.¹ Diversas conjunturas diferenciais da monarquia e do feudalismo ingleses, forjadas a partir da conquista normanda, contribuíram

¹ Cf. Magna Carta. In: *Magna Charta*, 1215. In: The Britannia Encyclopedia. Disponível em: «<http://www.britannia.com/history/docs/june-magna-charta.htm>». Acessado em: 22/05/2001.

como causas remotas para o selamento de tão portentoso documento já no século XIII,² ao passo que as intensas arbitrariedades e abusos do poder do Rei João Sem Terra formaram o conjunto de causas mediatas e imediatas.³ Embora os barões que se revoltaram contra um rei tirano não estivessem imbuídos de ideais democráticos e universalizantes, fundados na noção de Direitos Fundamentais, mas calcados na intenção de resgatar suas parcelas de poder, riquezas e privilégios feudais, a Magna Carta possuiu um significado para o mundo ocidental que extrapolou as intenções daqueles que compeliram o rei a aceitá-la e que desqualifica o título de *um monumento egoísta de classe* que alguns estudiosos conferem-lhe. Ela incorporou a noção de que existem limites a ser impostos ao poder, e que esses limites podem ser traduzidos em forma legal, em uma *lei*^{*} que obriga a todos, inclusive o rei. Assim, a um soberano que se arrogava poderes absolutos e agia como um tirano, o baronato inglês respondeu com a imposição de um limite jurídico, uma carta de *direitos*, dando início à crença em uma *lei* que nem mesmo o rei poderia desrespeitar. A afirmação e a prática dessa crença são responsáveis pela grande reverência que a Magna

² O feudalismo inglês foi *sui generis*, construído sobre uma estruturação sociopolítica peculiar se comparada à presente na Europa continental. Os elementos diferenciais do feudalismo inglês podem ser agrupados em quatro categorias: a) formação de uma monarquia forte e centralizada, com controle administrativo e fiscal sobre as localidades; b) diminuição do risco de despotismo ilimitado, pela imposição de *autolimites* ao poder real, na forma de Cartas com promessas de bom governo e respeito aos *direitos* dos súditos, entre as quais destaca-se a *Carta das Liberdades de Henrique I*; c) forjamento de um sistema de Direito nacional unificado e distinto do Direito eclesiástico; d) formação de uma classe média habituada à participação nos negócios públicos e ao autogoverno. Para um maior detalhamento, vide: CHURCHILL, Winston S. *O berço da Inglaterra*. In: **História dos povos de língua inglesa**. Vol. I. São Paulo: IBRASA, 1960, passim; TREVELYAN, George Macauley. **História política de Inglaterra**. Versão espanhola de Ramón Iglesias. Pánuco: Fondo de Cultura Económica, s/d, p.100 e ss.; POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade**. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1965, p.5 e ss.; BITAR, Orlando. **Fontes e essência da constituição britânica**. Conselho Federal e Departamento de Assuntos Culturais, 1978, p.263-315 (Obras Completas de Orlando Bitar, v.2); *Laws of William the Conqueror*. Disponível em: «<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/lawswill.htm>». Acessado em: 22/05/2001; *Charter of Liberties of Henry I*, 1100. «<http://www.fordham.edu/halsall/source/h coronation.html>». Acessado em: 22/05/2001.

³ Foram inúmeras as arbitrariedades de João Sem Terra. Citam-se algumas, divididas em causas mediatas e imediatas da revolta. Mediatas: a) João assumiu o trono após uma disputa sucessória, na qual assassinou seu sobrinho e rival. O assassinio rendeu-lhe um foco de resistência no norte da Inglaterra; b) João possuía um mau caráter, que minava seu crédito ante o baronato, os membros da Igreja e o povo; c) João instituiu uma carga tributária excessiva, cobrando impostos indevida e exageradamente; d) João foi negligente com as guerras, perdendo terras continentais importantes para a economia inglesa; e) A morte do *Justiciar* Helbert Walter, que era conhecido, respeitado e muito habilidoso ao contornar os problemas advindos do mau caráter e da má administração de João. Causas imediatas: a) a política de João Sem Terra perante a Igreja, que, construída de acordo com seus interesses pessoais, levou-o a romper a aliança com a Igreja e à excomunhão, e, depois, a restabelecer os laços de vassalagem com o Papa; b) a cobrança, durante um período de intensa instabilidade interna, da *scutage*, o dinheiro da espada, de forma excessiva e em descumprimento aos costumes do reino. Para informações mais detalhadas acerca do reinado de João Sem Terra e dos eventos aqui mencionados, consulte: CHURCHILL, Winston S. **O berço...** Op. Cit., p.215 e ss.; POUND, Roscoe. Op. Cit., p.17 e ss.; TREVELYAN, George Macauley. Op. Cit., p.130 e ss.; MAITLAND, Frederic William. **The constitutional history of England**. London: Cambridge University Press, 1955, p.12 e ss.; STUBBS, William. **The constitutional history of England**. 5th ed., Oxford: Clarendon Press, 1891. v.1, p.243 e ss.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **História e prática do Habeas Corpus**. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p.14 e ss.; LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p.14 e ss.

Esta etapa do trabalho está ambientada na Idade Média. Neste período o termo 'lei' não possuía ainda o significado que adquiriu na Modernidade. Pode-se dizer o mesmo a respeito da noção de direitos, principalmente Direitos Fundamentais. A fim de evitar confusões terminológicas, os termos 'lei' e 'direitos' serão grafados com caracteres itálicos (*lei* e *direitos*) quando estiverem ligados a noções medievais de *lei* e de *direitos*. A partir da etapa do trabalho em que as noções modernas aparecem, os termos não mais serão grafados em itálico. Ressalta-se esta distinção do itálico em frases inteiramente escritas com caracteres itálicos.

Carta conquistou ao longo dos séculos e pela sua inserção no posto de marco inicial do movimento do constitucionalismo.⁴

Winston Churchill, chamando de *levianas* as afirmações que dizem que a Magna Carta nada mais foi do que um ato egoísta de classe, sustém que se, por um lado, os barões compreendiam pouco as liberdades populares ou a democracia, por outro, apossaram-se de um princípio que seria de singular importância para as gerações futuras: a lei que assinavam ficava acima do rei. "*Esta reafirmação de uma lei suprema e sua expressão numa carta geral é o grande trabalho da Magna Carta; e só isso justifica o respeito que os homens lhe dedicaram.*"⁵ Seguindo a mesma linha de tirocínio, lembrando a linguagem aberta e passível de interpretações novas de alguns capítulos, e a repercussão futura da Carta, Bernard Schwartz afirma:

*"O significado da Magna Carta, portanto, está em seu potencial para representar coisas diferentes para épocas diferentes. Assim, um documento que não passava de um produto do egoísmo da classe feudal pôde servir para moldar as bases de uma monarquia parlamentar, ao longo dos dois séculos seguintes; e depois como um veículo pelo qual os líderes parlamentares resistiriam aos reis Stuarts quatro séculos mais tarde. Mesmo posteriormente iria se tornar o corpo de direitos dos ingleses que os colonos americanos reivindicariam como sendo seus. Os que analisam a Magna Carta com o rigor pedante do especialista do século XII vão inevitavelmente deixar de lado este aspecto. A simples existência do documento, arrancado do rei como foi, permaneceu como uma iminente condenação do absolutismo governamental".*⁶

Neste documento, dotado de tão lauto significado, foi insculpido o antecedente histórico do devido processo legal, a cláusula *law of the land*. O Capítulo XXXIX da Magna Carta, que contém essa cláusula, teve por base o Capítulo XXIV, o dos *Artigos dos Barões*, documento entregue pelo baronato ao rei, do qual a Magna Carta foi uma sistematização formal. Depois de inserto na Magna Carta de 1215, esse Capítulo sofreu ainda algumas alterações, nas confirmações posteriores da Carta,⁷ até que se

⁴ A expressão *monumento egoísta de classe* é referida por Churchill. CHURCHILL, Winston S. **O berço...** Op. Cit., p.204. Afirmam que a Magna Carta é dotada de importante sentido para o mundo ocidental, situada como um símbolo contra a arbitrariedade: POUND, Roscoe. Op. Cit., p.19-21; MAITLAND, William Frederic. Op. Cit., p.16 e ss.; TREVELYAN, George Macauley. Op. Cit., p.138. STUBBS, William. **The constitutional history of England**. Fifth Edition. Oxford: Clarendon, 1891, p.245 e ss.; McGEHEE, Lucius Polk. **Due process of law under the federal constitution**. 2nd ed., Colorado: Fred B. Rothman & Co, 1980, p.3-4. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História...** Op. Cit., p.13-15. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.9.

⁵ CHURCHILL, Winston. **O berço...** Op. Cit., p.225.

⁶ SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.17.

⁷ Originariamente, a Magna Carta não estava dividida em capítulos numerados. A numeração foi conferida mais tarde, para maior conveniência e uniformidade das remissões. No entanto, variadas divergências surgem quanto à numeração correta deste capítulo. Muitos autores referem-no como XXIX. Lucius Polk McGehee sintetiza bem o porquê: este texto encontra-se no artigo XXIX dos *Artigos dos Barões*, e, quando numerado o texto original da Magna Carta, ele ocupa o capítulo XXXIX. Nos reinados seguintes ao de João Sem Terra, a Magna Carta sofreu confirmações e, a cada uma delas, algumas modificações redacionais e até mesmo estruturais. Foram cerca de trinta e nove confirmações, e três das mais conhecidas ocorreram no reinado de Henrique III. Nas Primeira, Segunda e Terceira Cartas Confirmatórias de Henrique III, este texto encontra-se nos capítulos XXXII, XXXV e XXIX, respectivamente. Foi a Terceira Carta Confirmatória de

atingisse a redação que se imortalizou, presente na Terceira Carta Confirmatória de Henrique III, de 1225, *verbis*: "*Nenhum homem livre será detido ou aprisionado ou despojado de seus meios de vida, de suas liberdades, nem de suas usanças livres, nem banido ou exilado, nem de modo algum molestado, e nós também não o atacaremos nem mandaremos alguém atacá-lo, exceto pelo lícito julgamento de seus pares ou pelo direito da terra.*"⁸

Genericamente, o capítulo garantia a não-aplicação de punições – privativas de liberdade ou a capital – e o não-confisco da propriedade sem um julgamento prévio. Estabelecia, pois, condições formais para a intrusão real nas esferas de *vida, propriedade e liberdade* dos súditos, quais sejam, o *judgement of his peers* ou a observância do *law of the land*.⁹ A expressão que contém o endereçamento do capítulo, *no freeman*, deixa claro que o texto, à semelhança da própria Magna Carta, beneficiava uma restrita parcela da sociedade inglesa da época, *os homens livres*. Isto porque *freeman*, um termo técnico feudal, incluía apenas os membros da nobreza e do clero e não coincidia exatamente com a não-servidão. Seu alcance era limitado por demais, apenas uma minoria da sociedade inglesa ostentava este *status* no século XIII. Winston Churchill duvida que entre os *homens livres* estivessem incluídos mesmo os mais ricos comerciantes.¹⁰

Henrique III, de 1225, que trouxe a redação definitiva do capítulo, e, até 1729, somente ela contou com publicações. Sir Edward Coke, um dos maiores comentadores da Magna Carta, utilizou-se desta versão, e foi bastante seguido. Entretanto, em 1729 foi publicado um excelente trabalho compilatório das Cartas, de autoria de Sir William Blackstone, e, a partir de então, a referência ao correspondente numérico da original, XXXIX, tornou-se usual, apesar da utilização da redação dada pela Terceira Carta Confirmatória de Henrique III. Cf. POUND, Roscoe. Op. Cit., p.90 e 96; McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.4, nota nº1. Magna Carta. Op. Cit.

⁸ Consoante o dito na nota imediatamente anterior, o texto original da Magna Carta não era idêntico a este. Confira-se sua redação: "*No freeman shall be arrested or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any way victimised, neither will we attack him or send anyone to attack him, except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land. To no one will we sell, to no one will we refuse or delay right or justice.*" Esta parte final, respeitante à venda ou denegação da justiça foi apartada já nas primeiras confirmações da Carta, e as palavras *of his freeholds, liberties or free customs* foram inseridas na Terceira Carta Confirmatória de Henrique III. Anote-se que tanto a Magna Carta como as Cartas Confirmatórias foram escritas em latim. Por isso, há diferenças pequenas nas versões em inglês. Cf. Magna Carta. Op. Cit.; POUND, Roscoe. Op. Cit., p.90 e 96; McGehee, Lucius Polk. Op. Cit., p.4-5. "*No freeman shall be arrested or imprisoned or disseised of his freehold, or liberties, or free customs or outlawed or exiled or in any way victimised. neither will we attack him or send anyone to attack him, except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land*".

⁹ Cf. KEYNES, Edward. **Liberty, property and privacy: toward a jurisprudence of substantive due process.** Pennsylvania: The Pennsylvania State University, 1996. p.11.

¹⁰ Existe controvérsia entre os estudiosos acerca do alcance da Magna Carta. Alguns autores sustentam o limitado alcance da Carta, referindo que ela beneficiou apenas os estamentos mais altos, outros, dizem que ela beneficiou o *grosso* da Nação, desde os servos até os maiores nobres. Este segundo posicionamento é minoritário e bastante criticado, reputado como a-histórico. No entanto, muitos estudiosos que aderem ao primeiro lembram que *remota e indiretamente* a Magna Carta pode ter beneficiado todos os estamentos, pois conteve a arbitrariedade real. Sustentam o alcance limitado da Magna Carta: TREVELYAN, George Macauley. Op. Cit., p.137-138; CHURCHILL, Winston S. **O berço...** Op. Cit., p.223-224; HOYOS, Arturo. La garantía constitucional del debido proceso legal. **Revista de Processo.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, n. 47, 1987. p.46. SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.15. **The Catholic Encyclopedia.** Op. Cit., Verbete: Magna Carta. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Op. Cit., p.8. MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direitos do homem na América Latina. In: **Crítica do Direito e do Estado.** São Paulo: Graal, 1984. p.154. Sustentam o alcance geral da Magna Carta: POUND, Roscoe. Op. Cit., p.19-20. BITAR, Orlando. **Fontes...** Op. Cit., p.267-269. Adota uma posição intermediária, buscando aliar as duas interpretações: HANBURY, H. G. **English courts of law.** 2.ed., London: Oxford University, 1957,

Além de compreender esta significação geral do capítulo e sua abrangência, interessa, para efeitos deste trabalho, focalizar o significado da expressão *law of the land* nesta quadra medieval, a fim de esmiuçar seu conteúdo e esclarecer se ela já possuía um sentido substantivo, ou se se resumia a uma garantia procedimental. Esta não é uma empresa simples. Como o capítulo XXXIX da Magna Carta foi muito difundido ao longo dos séculos, tornou-se alvo de variadas leituras, interpretações e construções. A cada época o capítulo recebeu conteúdos distintos e muito foi dito sobre ele. As leituras que mais influência tiveram foram as realizadas durante os séculos XVII e XVIII, e, por isso, muitos estudiosos identificam o conteúdo ofertado ao capítulo nesses séculos com o conteúdo que possuía na Magna Carta Inglesa, em 1215. Essas variadas leituras feitas ao longo dos séculos ensejaram intensas controvérsias entre estudiosos e historiadores contemporâneos acerca do efetivo conteúdo da cláusula *law of the land* e *judgement of his peers* em 1215.

Essa controvérsia reinou durante larga etapa dos séculos XIX e XX. Quanto à expressão *judgement of his peers*, discutia-se se se tratava de garantia de julgamento pelo júri* ou de um retorno aos antigos modos de produção da justiça, bastante hostis à instituição do júri. Quanto à expressão *law of the land*, as opiniões dividiam-se em quatro: a) garantia de julgamento pelo júri, em combinação com *judgement of his peers*;¹¹ b) garantia de correção procedimental pelas Cortes da *common law*;¹² c) garantia de administração de justiça pelos nobres da terra, ou seja, ordálios, conspurgação e duelo, em interpretação conjugada com a expressão *judgement of his peers*;¹³ d) contenção substantiva do poder

p.49 e ss. Sobre o significado do termo *freeman*, vide: TREVELYAN, George Macauley. Op. Cit., p.138 e ss.; CHURCHILL, Winston S. *O berço...* Op. Cit., p.223.

* Importa referir que o júri existente neste interregno não corresponde à formulação tradicionalmente conhecida. Tratava-se do *antecedente histórico* do júri, o *assize*, uma *corte*, usualmente, mas não sempre, composta de doze homens, reunidos para julgar uma *lide*. Eles exerciam as funções de jurados, tal como hoje, com a diferença de que o veredito advinha de sua própria investigação e conhecimento dos fatos, e não de evidências e provas levadas pelas partes, acusadores e defensores. Dada suas atribuições investigativas, os jurados eram muitas vezes selecionados entre pessoas que efetivamente conheciam os fatos controversos e também pelo que hoje denominam-se testemunhas.

¹¹ Tornou-se *senso comum* ligar a expressão *law of the land* ao julgamento pelo júri. Variados autores assim explicam o significado desta cláusula neste interregno, calcados nas reinterpretações posteriores. Esta visão foi reiterada em algumas decisões da Suprema Corte, dentre elas, *Thompson v. Utah*. Alguns dos autores brasileiros consultados seguem esposando essa concepção. Cf. McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.5-6. *Thompson v. Utah*. 170 U. S. 349. Voto de Justice Harlan. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/script/getcase.pl?court=us&vol=170&invol=349>>. Acessado em: 22/05/2001.

¹² Este posicionamento deriva da explicação ofertada para a cláusula por William Blackstone, no século XVIII. Segundo esse jurista inglês, *law of the land* possuía um sentido técnico preciso, ligado a uma etapa chamada *processo*, situada entre o a denúncia e a pronúncia, significando: a) o uso do *writ* adequado para pessoa que fosse indiciada sem estar presente; b) o momento processual para transferir certos casos das Cortes inferiores para a *Court of King's Bench*. Em que pese Blackstone ter explicado o significado à sua época e não na da Magna Carta, alguns autores tomam a adequação do *writ* ao caso pelo seu significado em 1215. Cf. WOLFE, Christopher. **The rise of modern Judicial Review. From constitutional interpretation to judge-made law**. Rev. Ampl. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994, p.134-135.

¹³ Cf. McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.5; BERMAN, Harold J. The origins of historical jurisprudence: Coke, Selden and Hale. *Yale Law Journal*. 103, n.07, May 1994, p.1678-1680. Conviém expor que o texto de Berman foi adquirido pela *internet*, através do *download*. Não há no texto referência à numeração original das páginas da revista em todas as páginas, mas apenas em algumas. Desta forma, a numeração aqui referida é aproximada, não exata.

real.¹⁴ Lucius Polk McGehee é peremptório ao afirmar que esta controvérsia já se dissipou, reputando como historicamente adequada a interpretação conjugada das expressões *judgement of his peers* e *law of the land*, o que lhes confere um sentido **exclusivamente procedimental**, de manutenção dos métodos baroniais de administração da justiça, julgamento pelos pares para os nobres e ordálios, compurgação e duelos para os demais. A visão *comum*, que sustenta que estes termos destinavam-se a garantir o julgamento pelo júri é, para este estudioso, uma visão antiquada e largamente repudiada pelos estudiosos modernos,¹⁵ conforme explicado a seguir.

Na configuração *tradicional* do feudalismo, não eram distintas as figuras do *imperium* e do *dominium*. Assim, o detentor da propriedade possuía o poder em um determinado local e, conseqüentemente, retinha também a administração da *justiça*.¹⁶ Esta estruturação foi responsável pelo pluralismo jurídico reinante na Europa Continental durante a Idade Média.¹⁷ Na Inglaterra, devido a um acúmulo e a uma combinação de fatores diferenciais, houve formação, ainda no século XII, de um sistema de Direito nacional, iniciado no reinado de Henrique I e efetivado no reinado de Henrique II. Tratava-se das Cortes da *common law*, cujo procedimento característico era o júri. Ao mesmo tempo, funcionava também a administração da justiça pelo baronato, com duas estruturas básicas. Uma, correspondente à justiça administrada em cada feudo, pelo seu proprietário, cujo procedimento eram as *provas divinas* - ordálios, a compurgação e o duelo. A outra, destinada para os barões entre si, consistia no julgamento dos barões por outros barões, através de procedimentos próprios. A primeira formulação era um modo excepcional de manutenção do poder de cada barão em seu feudo e de obtenção de riquezas,

¹⁴ Esta sugestão encontra-se na obra de Edward Keynes. KEYNES, Edward. Op. Cit., p.13-14.

¹⁵ McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.5.

¹⁶ Cf. POUND, Roscoe. Op. Cit., p.13.

¹⁷ O feudalismo ocorrente na Europa é o modelo *tradicional*, alicerçado sobre os pactos de suserania e vassalagem, com formação de inúmeras células de poder, cada feudo correspondendo a uma delas. O rei não centralizava nem poder, nem riquezas, nem armas, detendo, no mais das vezes, poderes meramente simbólicos, com súditos mais ricos e mais poderosos. Ausente a centralização, ausentes o monopólio da *jurisdição* e um Direito *nacional*, ausente a separação entre tribunais reais e eclesiásticos, como também o controle administrativo e fiscal pelo rei. Predominava o pluralismo jurídico e administrativo. O processo de centralização monárquica, na Europa Continental, aconteceu bem mais tarde que o inglês, iniciando em fins do século XIV. Acerca das instituições feudais na Europa Continental e do processo de centralização monárquica, vide: FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A Idade Média: o nascimento do ocidente**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, s/d.; FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Naus, 1996; LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática** Trad. Aluísio Pereira de Menezes, M. D. Magno e Potiguara Mendes da Silveira Junior. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983; MICHELET, Jules. **A agonia da Idade Média**. Trad. Artemis Albuquerque Coêlho e Plínio Augusto Coêlho. São Paulo: EDUC, 1992; DE BONI, Luis Alberto. **Idade Média: ética e política**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996; POCOCK, John Greville Agard. **The machiavellian moment: Florentine political thought and the Atlantic republican tradition**. Princeton, New Jersey: Princeton University, 1998; DELUMEAU, Jean. **A história do medo no Ocidente: 1300-1800, uma cidade sitiada**. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. 471p.; GUREVITCH, A. *et al.* **História da Idade Média**. Trad. Maria do Rosário Quintela. Lisboa: Estampa, 1978, p.209-235; HAUSER, Ester Eliana. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Tribunais, magistrados e feiteiras na Europa Moderna. In: SANTOS, Rogério Dutra dos. (org.). **Introdução crítica ao sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado**. Florianópolis: Diploma Legal,

uma vez que a prestação de justiça era cobrada a elevadas taxas. As Cortes da *common law* concorriam com a justiça baronial, mas, num primeiro momento, não a absorveram.¹⁸

Todavia, as Cortes da *common law* foram criadas com o fito de aprimorar o poder real em detrimento do baronial. Por isso, elas foram construídas sobre alguns artifícios e estratégias, que as faziam avançar cautelosa e gradualmente, ampliando sua *jurisdição*. Os artifícios traduziam-se no revestimento da inovadora forma de administração da justiça com roupagens tradicionais, através do resgate de conceitos do antigo Direito saxônico.¹⁹ A estratégia, o principal fator de expansão das Cortes da *common law*, consistia em atrair as pessoas para as Cortes reais, e não compeli-las a procurá-las. Para isso, o procedimento real ofertado – o júri – era de maior qualidade do que os frágeis e duvidosos meios utilizados pelos barões – as ordálias, a compurgação e os duelos. Como procedimento jurídico, o júri apresentava maior racionalidade do que as *provas divinas* empregadas pela justiça baronial, levando as Cortes da *common law* à superação de suas concorrentes em termos de previsibilidade e segurança. Ademais, o poder e a *força* reais, já maiores que os dos barões isoladamente, garantiam rapidez na prestação de justiça e agilidade e certeza nas execuções. Os barões, em contrapartida, estavam impedidos de imitar o sistema real, pois era prerrogativa exclusiva do rei convocar júris. Deste modo, a *justiça real* angariou grande aceitação e exclusividade.

Com o tempo, para facilitar o acesso da população às Cortes da *common law* e compelir a *justiça* baronial a uma maior retração, os reis lançaram mão de uma fórmula, os *writs*. Por meio desses mandados régios, eram especificados os tipos de contendas que seriam admitidas originariamente nas Cortes da *common law*. Já que a *justiça real* era superior à baronial em termos de previsibilidade e executoriedade, os ingleses recorriam a todos os tipos de ficção para enquadrar seu caso nos mandames do *writ*, fato este que fez crescer ainda mais a *justiça real*. Ela se tornou, então, uma grande concorrente da *justiça baronial*, o que agredia tanto o poderio dos barões como as suas rendas.

p.205-256; HELLER, Agnes. **O homem do renascimento**. Trad. Conceição Jardim, Eduardo Nogueira. Lisboa: Presença, 1982.

¹⁸ Acerca da criação das Cortes de *Common Law* e do reinado de Henrique II, vide: SUTHERLAND, Arthur E. **De la Carta Magna a la Constitucion norteamericana: ideas fundamentales sobre constitucionalismo**. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1972, p.13 e ss.; CHURCHILL, Winston S. **O berço...** Op. Cit., p.190-197. HANBURY, H. G. Op. Cit., p.25-45; MAITLAND, Frederic William. Op. Cit., p. 20 e ss; SUTHERLAND, Arthur E. Op. Cit., p. 25 e ss.

¹⁹ Foram dois os conceitos que Henrique II resgatou, com novo significado: a) para casos criminais, trouxe à baila o conceito de Paz do Rei, que passou a significar que um crime cometido em qualquer parte do reino atingia também ao rei, e não apenas às vítimas, por perturbar a paz geral ; b) para os casos cíveis, recorreu ao antigo direito, que apregoava a possibilidade de um tribunal real rever, através de apelações, casos em que a *justiça* houvesse sido recusada ou em que a proteção sobre as terras houvesse sido falha. Cf. CHURCHILL, Winston S. **O berço...** Op. Cit., p.189-191.

Um dos motivos que levou o baronato inglês à revolta que culminou com o selamento da Magna Carta foi justamente esse avanço das Cortes da *common law* em detrimento da *justiça* baronial. Se, no início, não houve grandes contestações, pois o avanço paulatino escamoteava o crescimento das Cortes da *common law*, no começo do século XII o vigor dessas Cortes tornara-se visível e ameaçador ao poder e às riquezas dos barões. Além disso, João Sem Terra fez uso exacerbado dos *writs*, produzindo um incremento brusco e excessivo na *jurisdição* das Cortes reais.

Uma vez compreendidas estas premissas, torna-se mais fácil entender o porquê das expressões *judgement of his peers* e *law of the land* significarem, à época, um resgate dos métodos baroniais de administração da justiça e não a garantia de um julgamento pelo júri. Ora, se a Magna Carta foi imposta pelo baronato revoltoso contra um rei arbitrário, com o intuito de restituir privilégios feudais, se um desses privilégios atacados pelo rei advinha do aumento da *jurisdição real* em prejuízo das baroniais, é descabido asseverar que os barões tentavam impulsionar a *justiça real*, assegurando o júri. O que intentavam era o contrário: fazer retrair o procedimento pelo júri, para manter a *força* das cortes locais sob seu comando. Ao garantirem seu modo de lidar com as contendas jurídicas, os barões fortaleciam seu poderio, impulsionando o rei a não se intrometer com sua prestação da *justiça* nos assuntos locais; mantinham consigo as rendas obtidas com a administração da *justiça*, bem como impediam sua própria submissão às Cortes reais, pois somente poderiam ser julgados por seus pares, os outros barões. Intencionavam, pois, manter as ordálias, a compurgação e os duelos para resolver querelas locais, e, para si, a garantia de que o veredito seria elaborado por outros barões.

*“Com relação à expressão per legem terrae, que causa tantas discussões nos livros de direito, e que geralmente tem sido interpretada nos tribunais como se os réus em julgamento devessem ser julgados pelo júri após denúncia ou pronúncia, pode-se observar que o julgamento através de um júri em casos criminais não tinha sido usado neste período, a não ser como uma questão de benevolência do rei. A expressão per legem terrae simplesmente solicitava procedimentos judiciais, de acordo com a natureza do caso, o duelo, as ordálias, ou compurgação em casos criminais, o duelo, testemunhas, cartas, ou reconhecimento em casos de propriedade.”*²⁰

No que tange à afirmação de que a cláusula *law of the land* era uma garantia de correção procedimental pelas Cortes da *common law*, se se compreender que isso significa correção no procedimento pelo júri, ela fica imediatamente descartada, pelas razões acima expostas. Todavia, se se compreender que significa correta adequação entre o caso exposto e o *writ* real, a sentença não fica de

²⁰ BIGELOW, *apud* McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., nota 3, p.6. “As to the expression per legem terrae, which has caused so much discussion in the law books, and generally been interpreted by the courts to mean that the defendants in criminal courts must be tried by jury upon presentment or indictment, it may be observed that jury trial in criminal cases had not come into use at this time, except as a matter of special grace in the part of the king (...) The expression per legem terrae

coerência. Como a tripartição de poderes ainda não se consubstanciara, as Cortes da *common law* estavam nas mãos do rei, e, assim, ao impedir o alastramento da jurisdição real aos problemas locais, mantinha-se o poderio do real impedido de atuar sobre alguns assuntos, deixando alguns *direitos* fora do alcance do rei. Mesmo assim, esta leitura parece forçosa, dada a inexistência de métodos de compelir o rei a obedecer aos limites a ele impostos. Mostram-se, pois, mais adequadas à realidade desse período as posições que negam a versão substantiva da cláusula, optando apenas pela procedimental.

Se não há acordo entre juristas e historiadores atuais quanto ao conteúdo das cláusulas *law of the land* e de *judgement of his peers* no século XIII, esse acordo existe quanto ao conteúdo desses termos na segunda metade do século XIV. Nesse novo momento, a expressão *judgement of his peers* estava introjetada na cláusula *law of the land*, cujo conteúdo era garantia de julgamento pelo júri e da observância de regras procedimentais pelas Cortes da *common law*.²² Três motivos têm a faculdade de explicar isto. Primeiro, as *provas divinas*, utilizadas para deslindar querelas nas *justiças baroniais*, haviam caído em desuso em curto lapso após a aposição do sinete real na Magna Carta, uma vez que proibidas formalmente pela Igreja.²³ Segundo, a *jurisdição* das Cortes da *common law* seguiu crescendo e absorvendo muitas demandas que dantes ficam sob a administração dos barões. Terceiro, cerca de cinquenta anos depois do selamento da Magna Carta iniciaram-se as reuniões oficiais do Parlamento inglês. Com o passar dos anos, o Parlamento foi paulatinamente editando leis contenedoras do poder real, traduzindo embates entre o rei e seu Conselho e o Parlamento. As leis oriundas do Parlamento e assinadas pelo rei tomavam-se obrigatórias para as Cortes da *common law*. Desta forma, as Cortes foram perdendo sua identificação com o braço real e foram se aproximando do Parlamento. Assim sendo, o julgamento pelo júri e a correção procedimental das Cortes da *common law* traduziriam a observância das leis parlamentares e um limite ao poder real.*

Este novo conteúdo adquirido pela cláusula nesta variação temporal, apesar de contrário ao que ela possuía nos idos de 1215, mantém uma característica que guarda especial relevância, qual seja, o *law of the land* seguiu sendo vislumbrado como uma garantia **exclusivamente procedimental**, como uma salvaguarda do cumprimento de certas formalidades e ritos antes da imposição de punições pelos órgãos dotados de poder de julgar.

²² Cf. McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.8

²³ As *provas divinas* foram proibidas no IV Concílio de Latrão, de 1215. Cf. HAUSER, Ester Eliana. MARTEL. Leticia. Op. Cit., p.223.

Interessa pontuar que a independência dos magistrados da *common law* perante o rei não estava ainda completa no século XIV. Ela se consubstanciou apenas nos séculos XVI e XVII.

Impende trazer a lume que, em 1354, no reinado de Eduardo III, foi elaborado um estatuto, por um legislador desconhecido, no qual foi reproduzido, com algumas alterações, o texto do capítulo XXXIX da Magna Carta. Uma das alterações, de intensa repercussão futura, foi a substituição da expressão *law of the land* por *due process of law*: “*Nenhum homem, qualquer que seja a sua situação ou condição, pode ser expulso de sua terra ou moradia, nem conduzido, nem aprisionado, nem deserdado nem condenado à morte, sem que isto resulte de um devido processo legal*”.²⁴ Já nos idos de 1360, os termos *law of the land* e *due process of law* estavam sendo intercambiados, seu trato como equivalentes iniciava-se. McGehee anota que as palavras *due process of law* vieram a substituir toda a frase *by the lawful judgement of his peers or by the law of the land*.²⁵

Durante os séculos XV e XVI, a Magna Carta ficou um tanto ofuscada, uma vez que as atenções dos ingleses estavam voltadas para o Parlamento, seu fortalecimento e sua divisão de poderes com o rei. O papel da Grande Carta das Liberdades dos ingleses parecia estar totalmente cumprido. Suas cláusulas não eram alvo de importantes debates ou releituras. O *law of the land*, tal qual a Carta, parecia ter esgotado suas possibilidades exegeticas. Mera ilusão. Tanto a Carta como seu capítulo XXXIX voltaram revigorados ao cenário político constitucional inglês do século XVII, nas contendas travadas entre a Coroa e o Parlamento. Nesse momento, o texto da Magna Carta, seu significado global de contenção do arbítrio e a cláusula *law of the land* foram habilmente utilizados. Reinterpretações acordes com a época foram produzidas, transformando a Carta, acompanhada do *law of the land*, em egrégia arma contra as táticas opressivas e arbitrárias dos reis. É este interregno que será apreciado no item que segue.

1.1.2 LAW OF THE LAND: RELEITURAS DO SÉCULO XVII.

No curso do século XVII, ocorreram intensos embates entre a Coroa e o Parlamento ingleses. Foram sucessivos conflitos, que, em seu termo, apresentaram à Inglaterra a organização monárquico-parlamentar, cujas fundações mestras permanecem até os dias atuais. Nestes entrechoques, a Magna Carta funcionou como instrumento jurídico de contraposição às investidas absolutizantes dos reis. O *law of the land* apresentou-se como cláusula hábil a fornecer subsídios para os opositores dos reis, estes centrados no Parlamento e nas Cortes de *common law*. Foi, portanto, alvo de novas interpretações, calorosos debates, aplicações e, até mesmo, confirmações. As *novas leituras* e *aplicações* dadas à cláusula pelo séquito de oposição formam um impasse histórico no que toca à sua versão substantiva. Alguns estudiosos sustentam que foi neste momento que *surgiu* a interpretação substantiva da *law of land*, por

²⁴ STUBBS, William. Op. Cit., p. 285. “*That no man, of what state or condition soever he be. shall be put out of his lands, or tenements, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without he brought in to answer by due process of law.*” [sem grifos no original].

obra, prioritariamente, de Sir Edward Coke. Outros, reputam este posicionamento impossível, alegando que a cláusula continuou tendo apenas a versão procedimental, e que a versão substantiva nunca existiu, nem, sequer, foi ventilada em solo inglês.

Nesta etapa do trabalho, serão estudados os elementos desse intervalo que guardam correlação com o *quebra-cabeça* histórico da formulação ou não da versão substantiva do *due process of law*. Não há pretensão, sobremaneira, de resolvê-lo ou de apresentar um posicionamento acerca dele. Intenciona-se, apenas, trazer à tona as peças do *quebra-cabeça*, pois é possível que elas, quando agrupadas, formem a primeira teorização do controle de constitucionalidade e do aspecto substantivo do devido processo legal, bem como suas primeiras aplicações. Os elementos são esparsos e ocorreram durante longo lapso do século em estudo. Assim, a organização do estudo compreenderá, como prelúdio, uma exígua explicitação da situação político-jurídica inglesa, focalizando duas concepções antagônicas: a *absolutista* do rei Jaime I e a *jurisprudência histórica*,²⁶ de Sir Edward Coke;*, a seguir, será exposto o *Dr. Bonham's Case*, tido por alguns como a primeira aplicação do controle jurisdicional de constitucionalidade de atos parlamentares e também como primeiro julgado ancorado na versão substantiva do *law of the land*. Depois, serão examinados o *Five Knights Case* e a *Petition of Right*, sendo o primeiro um caso que abarcou, através de seguidores de Coke, *novas leituras* da *law of the land*, e o último, instrumento parlamentar de confirmação da cláusula. Após, apresentar-se-á uma sintética explanação do que Coke escreveu sobre o *law of the land* em sua afamada obra *Institutes of the Laws on England*. Por fim, serão elaboradas algumas linhas demonstrando o posicionamento de estudiosos sobre a possibilidade desses elementos significarem ou não o início da versão substantiva do devido processo legal.

1.1.2.1 O contexto jurídico-político

Os grandes embates constitucionais do século XVII iniciaram-se abertamente no reinado de Carlos I. Contudo, alguns de seus fundamentos podem ser encontrados no reinado de Jaime I, seu pai e antecessor. Neste governo, de um lado, o Parlamento começou a assumir uma posição preponderante sobre a figura real, buscando angariar supremacia, substituindo o rei. Passou a influir em todas as taxações e tributações, bem como em questões de política externa. De outro lado, Jaime I, baseado em

²⁵ Cf. McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.10.

²⁶ *Jurisprudência histórica* é a denominação conferida modernamente à *teoria* iniciada por Sir Edward Coke, aprimorada por John Selden e sistematizada e finalizada, na Inglaterra, por Hale. Cf. BERMAN, Harold J. Op. Cit., passim

* Sir Edward Coke, jurista inglês de intenso renome, teve uma carreira tripla: foi juiz, atingindo o mais alto posto nesta profissão; foi parlamentar, sendo um dos mentores intelectuais da *Petition of Right*; e foi, ainda, autor da famosa obra *Institutes of the Laws on England*. Ele foi uma espécie de precursor jurídico dos homens que fizeram a Revolução Americana, suas atitudes e sua obra configuraram a fundação doutrinal para a construção do *edifício constitucional* norte-americano.

premissas da monarquia absoluta, freqüentemente abusou das prerrogativas reais, como a tributação e o aprisionamento de súditos por ordem unilateral. O tênue equilíbrio da divisão de poderes entre a Coroa e o Parlamento quebrou-se, e o rei, tal qual o Parlamento, procurou puxar a hegemonia só para si. Aquele tentava fortalecer a máxima *rex is lex*, e este, *lex was rex*.²⁷

Informa Maitland que, nessa época, não havia um único foco de supremacia na Inglaterra, mas sim três: a) o rei; b) o Parlamento; c) o Direito. Não há como posicionar a supremacia em um ou em outro somente. Por um prisma, o rei poderia executar leis, mas não criar novas, e, ao mesmo tempo, possuía alguns poderes além da lei. Por outro prisma, o Parlamento poderia criar leis, mas era autorizado a retirar apenas *flores e ornamentos* da Coroa e não a *própria Coroa*. O ponto nodal aqui era: o que seriam *flores e ornamentos* e o que seria a *própria Coroa*? Estes dois aspectos verificaram-se de fato, porém o terceiro foco, a supremacia do Direito, foi muito mais uma sustentação teórica do que uma realidade histórica. Os fatos históricos – como a intensa atividade parlamentar nos séculos XIV, XV e XVI – desmentem a doutrina constitucional de supremacia do Direito sobre o rei e o Parlamento. Porém, os nomes que a sustentaram e seus reflexos fazem-na merecedora da divisão do posto. Segundo disse Maitland, “*a legislação enérgica do parlamento medieval rendeu qualquer teoria do direito acima do rei, acima do rei e do parlamento, como uma doutrina que não funcionava (...) Entretanto, lembremo-nos de que Coke a sustentou*”.²⁸ Neste ensejo, pode-se apontar os três focos de supremacia na Inglaterra nesse período, cada qual com adeptos tentando elevá-los à supremacia sobre os demais.

Defendendo a *monarquia absoluta*, e, logicamente, a supremacia real, esteve o rei Jaime I. Sua adesão a essa premissa não foi apenas demonstrada por seus atos, mas foi também sustentada teoricamente, através da obra *Trew law of free monarchies*, de sua autoria. Em resposta às teorias puritanas e calvinistas, que pregavam a necessidade de aquiescência humana inicial para o obediência das *leis*, e às teorias católicas,* que colocavam o Papa em posição superior à do rei, Jaime I apresentou sua própria teoria, cuja máxima era a oposição à idéia de que era *a lei que faz o rei e não o rei que faz a lei*. Isto é, asseverava que o rei, representante de Deus na terra, estava acima das *leis* humanas – por ele mesmo editadas – e abaixo das divinas. Para ele, a *lei* divina estava aposta nas escrituras e na tradição, e, através dela, mantinha-se a ordem da natureza. A *lei* humana, por sua vez, era expressa pela *vontade* do

²⁷ MAITLAND, Frederic William. Op. Cit., p.298. CHURCHILL, Winston S. O novo mundo. In: **História dos povos de língua inglesa**. Trad. Enéas Camargo. São Paulo: IBRASA, 1960, v. II p.149 e ss.

²⁸ MAITLAND, Frederic William. Op. Cit., p.298. “*The vigorous legislation of our medieval parliaments had rendered any theory of law above king, above king and parliament, an unworkable doctrine (...) However, let us remember that Coke held it.*”

legislador soberano – o rei – e através dela mantinha-se a ordem na sociedade. A razão, no pensar de Jaime I, não era imanente na sociedade ou na natureza, mas um padrão ditado pelo legislador – o rei – que, tal qual Deus, poderia expressar sua vontade arbitrariamente sem prestar contas de seus atos.²⁹ Seu conceito de *razão* confundia-se com a noção de *vontade* do rei, a autoridade suprema no reino. Jaime I agiu de acordo com seu ideário, e, além de invocar suas premissas teóricas para justificar seus atos, recorreu a precedentes da dinastia Tudor, apelando para argumentos históricos.³⁰

Em oposição ao ideário de Jaime I, houve o agir do Parlamento, que visava à supremacia parlamentar. Segundo os defensores da supremacia parlamentar, era a lei que fazia o rei e não o contrário. Assim, até mesmo o rei deveria submeter-se à lei forjada pelo Parlamento. Ademais, sustentavam que a *razão* consubstanciava-se na *vontade* do corpo de representantes dos ingleses, reunidos no Parlamento e não no rei. Poucas *teorias* haviam sido formuladas neste período para fulcrar as intenções do Parlamento inglês. Pode-se, no entanto, ligar a idéia de representação com a necessidade de consenso dos homens para submeterem-se às leis, defendidas por puritanos e calvinistas, consenso este que seria adquirido via representação. Aqui, como na teoria de Jaime I, está presente um *voluntarismo*, ou seja, a noção de que a *razão da lei* está na *vontade* da autoridade que a edita, e não em um corpo superior de princípios, como o *direito natural*³¹ – seja de conotação divina ou não. A diferença cabal é que o rei dizia que a legitimidade

* Relevante informar que a Inglaterra, nesta época, já aderira ao protestantismo, separando-se da dominação católica. Desta forma, as doutrinas de legitimação do poder absoluto, formuladas pelos doutos da Igreja Católica, que situavam o Papa acima do rei, não se mostravam adequadas como cimento ideológico legitimador do absolutismo monárquico.

²⁹ Anote-se que o pensamento de Jaime I não era nem original, nem único. Ele era comum a todos aqueles que sustentavam o absolutismo monárquico, principalmente às *filosofias políticas* em vigor na França do século XVI, como a de Bodin. Este foi o primeiro a desenvolver uma teoria sistemática da unidade da soberania e de sua corporificação na pessoa do rei, propugnando um total absolutismo da autoridade soberana e uma total isenção do rei em relação às leis por ele mesmo produzidas. As teorias de Jaime I e Bodin ultrapassavam as barreiras das doutrinas católicas e luteranas sobre o *direito de investidura divina* dos reis. Nas doutrinas luteranas havia situações em que o rei deveria prestar contas aos súditos e, na católica, havia uma instância superior ao rei, o Papa. Já nas de Jaime I e Bodin, o rei era possuidor de um poder absoluto e incontestável, sem necessidade de prestar contas a ninguém além de Deus. Assim, a ninguém era dado o direito de resistir a seus comandos, por mais injustos que fossem. Lado a lado com este posicionamento, estavam os juristas romanistas da Inglaterra, que criam não apenas na noção de monarquia absoluta, mas também na sistematização do Direito, o que os levava a desprezar a *common law* como forma de Direito. Cf. BERMAN, Harold J. Op. Cit., p.1655-1662.

³⁰ Cf. BERMAN, Harold J. Op. Cit., p.1662-1664. Sobre os precedentes do reinado dos Tudors, vide: CHURCHILL, Winston S. *O novo...* Op. Cit., p.13 e ss.; McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.9 e ss.; POUND, Roscoe. Op. Cit., p.24 e ss.

³¹ A expressão *direito natural* assume contornos intensamente problemáticos nesta etapa do trabalho. Nos capítulos que subseqüentes, o conceito toma-se mais preciso, referindo a noção racionalista proposta à época da Revoluções Francesa e Americana, exposta de acordo com o pensamento dos contratualistas do século XVIII, como um corpo de leis imutáveis descobertas racionalmente. Neste capítulo, no entanto, não há como tratar a expressão *direito natural* como categoria operacional estanque e bem definida. Isto porque o capítulo abrange um longo lapso, no qual o conceito sofreu intensas modificações. Nesta época em apreço, tinha uma conotação que confluía tanto as *leis da natureza* (naturais) como as *leis divinas*, ambas situadas acima das *leis humanas*. Mas esta noção, à época, não estava *segura*, pois iniciava-se o período Iluminista, que muitas inovações introduziu no conceito. Para tornar menos nebulosa a expressão *direito natural*, serão feitas pequenas anotações nas notas de rodapé, a cada etapa do capítulo. Sobre a temática do *direito natural*, vide: BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2ªed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1998, passim. BOBBIO, Norberto. BOVERO,

voluntarista da *lei* estava em sua pessoa, representante de Deus na terra, ao passo que os parlamentares punham esta legitimidade em um corpo de homens, representantes dos demais membros da Nação, que lhes *consentiam* a utilização do poder político.³²

Sustentando a supremacia do Direito, tem-se Sir Edward Coke, que lutou contra o absolutismo monárquico usando como arma histórica a *common law*. Através dela, Coke lançou a noção do caráter vinculativo das franquias de *direitos* e liberdades concedidas ao longo do tempo pelos reis, ou seja, acreditava no papel normativo da *common law* inglesa, cujo corpo de princípios mantinha-se no tempo e obrigava gerações futuras, inclusive reis posteriores. Entretanto, Coke não se opunha à monarquia, nem questionava as premissas teóricas de Jaime I: ao contrário, ele partiu das mesmas premissas, mas negou veementemente as conclusões delas retiradas por Jaime I. Para Coke, o rei tinha a obrigação natural de resguardar a comunidade e era o legislador supremo. Como, então, Coke conseguiu ser um opositor de Jaime I, tanto na teoria quanto na prática?³³

Um dos motivos, apresentado por Berman, diz respeito à discordância quanto aos conceitos de *rei* e de *Direito*. Jaime I concebia o rei como o homem que ocupava o trono e o Direito como o grupo de regras ditadas por este homem, que se situava acima delas, crendo que a única *lei* capaz de sobreviver entre um *rei* e outro era a *lei* de sucessória e hereditária, negando que qualquer outra, como as franquias de *direitos* e liberdades, pudesse se transmitir e ser oponível diante de um novo *rei*. Coke, por seu turno, concebia o rei não como uma pessoa específica que ocupava o trono num dado interregno, mas como uma sucessão de personagens que, desde tempos imemoriais, vinha dando forma a um sistema que se mantinha; concebia o Direito como um corpo de regramentos e de princípios postos pelos reis, construído por juristas e parlamentares em um tempo mas que continuava obrigando a todos em tempos posteriores, isto é, sobrevivia àqueles que o editaram, como uma *memória do passado*. Portanto, as liberdades, privilégios, franquias de *direitos* e poderes do Parlamento estabelecidos no passado continuavam vigendo, como *herança e direito de nascer de todos os ingleses* e obrigavam os reis do presente, que não podiam furtar-se de seu cumprimento.³⁴

Outro motivo é a ausência de forte base histórica na teoria de Jaime I. A Inglaterra havia rompido havia pouco com a Igreja Católica, e ao fazê-lo, desarmonizara-se com as doutrinas de legitimação

Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo, Brasiliense, 1987, passim.

³² Cf. MAITLAND, Frederic William. Op. Cit., p.298 e ss.; BERMAN, Harold J. Op. Cit., p.1653-1657.

³³ BERMAN, Harold J. Op. Cit., p.1676.

monárquica. Formara-se um vácuo de legitimação a este poder. Jaime I tentou preenchê-lo com a noção de monarquia absoluta e irrestrita, dizendo ser a *vontade* do rei a *lei* do reino, enquanto Coke condicionou a legitimação monárquica ao obedecimento de princípios imemoriais da *common law* que, forjados ao longo dos séculos, eram dotados de efeitos limitativos ao poder real. Jaime I fulcrava o Direito na *razão*, definindo-a como a *vontade* real, enquanto Coke diferenciava a *razão* fundante do Direito da *vontade* de um homem ou de um corpo de homens, conceituando-a como uma *razão artificial*, situada acima da *vontade* de um único homem ou de um corpo de homens, baseada na *razão* dos juristas ingleses, que, durante séculos, debruçaram-se sobre problemas legais. Não era a *razão* plantada por Deus num homem somente, não era encontrada na *razão* privada; era a prática prudente da *razão* dos doutos, com experiência e que tinham um estudo especial sobre o assunto, que sabiam sobre sua história e construíam sobre o aprendizado de muitas gerações.³⁵

Como Direito inglês, Coke entendeu apenas a *common law*, negligenciando os sistemas de Direito romano e canônico, que considerava rivais. Defendeu a *common law* como um *self contained system* e, atento às necessidades ideológicas dos sistemas competidores, procurou sistematizá-la. Incluía na *common law* a lei estatutária (oriunda do Parlamento) e o costume inglês. Não negou nem o *direito natural*, nem o *direito positivo*, mas encaixou-os como parte integrante da *common law*. Alegando a superioridade da *common law*, Coke identificou-a com a *lei fundamental da Inglaterra – the supreme law of the land* – forjada ao longo de séculos e vinculante, ultrapassando as pessoas específicas que a construíram. Traduzindo o pensar de Coke para a terminologia hodierna, ele vislumbrou a *common law* como algo similar a uma *constituição com partes escritas e outras não*. Desse modo, a história da *common law* transformava-se em um contrapeso apto a limitar o exercício arbitrário de poder, e também como um guia para determinar os contornos de cada um dos poderes políticos, ou seja, o Parlamento e o rei.³⁶ A *common law* ficaria acima de ambos.

Em coerência com este rumo de raciocínio, Coke propunha a independência das *Cortes da common law*, e sua superioridade em relação às demais Cortes e ao rei. A elas caberia construir os regramentos e princípios forjados no passado, já que estes ultrapassavam a figura personalista que os havia editado.³⁷ As Cortes impediriam, ainda, o desvirtuamento da *common law*, controlando atos contrários a ela. Assim, os juízes declarariam o significado dos conceitos, regramentos, princípios e

³⁴ BERMAN, Harold J. Op. Cit., p.1676 e ss.; SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.19.; MAITLAND, Frederic William. Op. Cit., p.301.

³⁵ BERMAN, Harold J. Op. Cit., p.1690.

³⁶ *Id.* Op. Cit., p.1677-1690.

³⁷ *Id.* p.1687.

procedimentos estabelecidos no passado; a regra posta em um tempo seria interpretada por eles e obrigaria no presente e no futuro seus destinatários, dentre eles aqueles no exercício do poder. Se afetivamente acatada esta teoria, o Direito diferenciaria-se da *lei* – seja real ou parlamentar – da *vontade* momentânea, e teria uma existência por si mesmo, cujo significado seria *declarado* pelos juizes.

Tanto o rei Jaime I quanto Sir Edward Coke não ficaram adstritos a limites teóricos. Ambos puseram em prática seus argumentos. O rei o fez através do avanço na utilização de prerrogativas reais, do cerceamento e da diminuição dos poderes parlamentares e da tentativa de subordinação das Cortes da *common law* ao poder régio; Coke, atuando como *Justice*^{*} no reinado de Jaime I, em muitos casos asseverou a supremacia das Cortes da *common law* diante das demais cortes, diante do poder real, e, até mesmo, diante do Parlamento. Negava-se a aceitar atos reais e parlamentários (estes em menor escala) que compreendia como denegadores da *common law*. Um caso decidido por Coke de particular interesse para o tema deste estudo é o *Dr. Bonham's Case*, a ser descrito e examinado no tópico que segue.

1.1.2.2 Dr. Bonham's Case

Durante o reinado de Jaime I, Sir Edward Coke atuou como *Chief Justice* da Corte de *Common Pleas*. Seus esforços foram sistematicamente conjugados para retrain os poderes da Coroa em favor da *common law*. E, em menor medida, para conter o poder do Parlamento frente a este sistema de Direito. Enquanto nesse cargo, deslindou o afamado *Dr. Bonham's Case* (1610) no qual considerou nulo um ato do Parlamento. Esta decisão é considerada, por alguns estudiosos, como uma das precursoras da pretensão das Cortes de Justiça de nulificar atos parlamentares contrários a *common law* – Direito superior e vinculante – e à *razão*. Seria, portanto, o primeiro caso decidido em conexão direta com a idéia de controle jurisdicional de constitucionalidade – *Judicial Review*.³⁸

* Muitos autores tendem a traduzir o termo *Justice* como juiz. A palavra pode significar *justiça, direito, razão equidade, tratamento justo*. Todavia, para o cargo ocupado por Coke, assim como para o cargo de magistrado da Suprema Corte dos Estados Unidos, a palavra opera como um designativo específico, não se confundindo com *judge* – juiz. Para a equivalência em português, teria o mesmo sentido que Ministro, ou seja, membro de um Tribunal de Cúpula, no caso brasileiro, da União. Neste trabalho, optou-se por manter a designação em língua inglesa. Assim, principalmente nos dois capítulos que se seguem a este, utilizar-se-á a palavra *Justice* para os Ministros da Suprema Corte, distinguindo-os dos demais, chamados juizes – *judges*.

³⁸ Nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p.58-60; WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.90-91.

No *Dr. Bonham's Case*, discutia-se uma multa imposta ao Dr. Bonham* pelo exercício da medicina em desacordo com o Estatuto da Academia Real de Medicina. O estatuto, de elaboração parlamentar, dispunha que nenhuma pessoa poderia, em Londres, exercer a medicina sem uma licença da Academia, culminando *pena* de multa de *cem xelins* por mês, a ser dividida em duas frações iguais entre o rei e a Academia. Em caso de inadimplemento, *pena* de prisão. A competência para julgar e impor a multa pertencia à Academia, bem como a faculdade de determinar o aprisionamento. Dr. Bonham exerceu a medicina sem a licença e não pagou a multa, sendo, então, preso. Uma ação de *false imprisonment* foi iniciada, chegando, pelas vias próprias, às mãos de Coke e outros dois *Justices* para que proferissem o julgamento definitivo.³⁹

Ao deslindar o caso, Coke, seguido pelos outros dois *Justices*, considerou as *penas* impostas inválidas, indo, inclusive, além, ao considerar *nulo* o estatuto, pois este permitia que a Academia Real de Medicina agisse como *juiz em sua própria causa*. Ela julgava as infrações, executava a *pena* e, ao mesmo tempo, era beneficiária da metade dos proventos advindos da cobrança das multas. Na decisão, Coke, como sói acontecer entre os ingleses, buscou demonstrar conservadorismo, chamando outras três decisões mais antigas. Fundou sua posição em cinco argumentos, um dos quais, o quarto, importa para este estudo:

“Os censores não podem ser juizes, ministros e partes; juizes para proferir sentença e julgar; ministros para fazer notificações ou intimações e parte para terem metade das multas, quia aliquis non debet esse judex in propria causa, imo iniquum est alequem suae rei esse judicem: e ninguém pode ser juiz e advogado para qualquer das partes... e consta dos nossos livros que, em muitos casos, o direito comum controlará atos do parlamento, e, às vezes, julgá-los-á absolutamente nulos, pois quando um ato do parlamento vai de encontro ao direito comum e à razão, ou é inaceitável ou impossível de executar, o direito comum irá controlá-lo e julgá-lo como nulo”.⁴⁰

Do texto, pode-se depreender que Coke estava abrindo o caminho para o controle dos atos do Parlamento pelas cortes de *common law*, permitindo a estas julgar e até mesmo anular os atos daquele,

* Os casos ingleses e norte-americanos são identificados pelo nome das partes. Para distinguir a menção do caso da menção à parte, utilizar-se-á caracteres itálicos para o caso e caracteres normais para designar a pessoa física ou jurídica que é parte e dá nome ao caso.

³⁹ Dr. Bonham foi multado em *dez xelins* e, recusando-se a pagar, foi aprisionado. Cf. POUND, Roscoe. Op. Cit., p.138-140.

⁴⁰ Apesar de inúmeros esforços, não foi encontrada a referência original deste caso. Vários autores citam este trecho, sempre desta forma. Na obra de Roscoe Pound, há um excerto do caso em anexo, com maiores detalhes. Vide a citação em: CAPPELLETTI, Mauro. **O controle...** Op. Cit., p.59; BITAR, Orlando. **A lei...** Op. Cit., p.85; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Op. Cit., p.20; WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.90-91 (parte do trecho aqui referido); McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.26, nota n. 4. (parte do trecho aqui citado); POUND, Roscoe. Op. Cit., p.140. *“The censors can not be judges, ministers and parts; judges to give sentence and judgement; ministers to make summons, and parts to have the moiety of the forfeiture, quia aliquis non debet esse judex in propria causa, imo iniquum est alequem suae rei esse judicem; and one cannot be judge and attorney for any of the parties... and it appears on our books, that in many cases the common law will control acts of parliament and sometimes adjudge them to be utterly void, for when an act of Parliament is against common right*

quando contrários ao *direito comum* e à razão, ou dotados de efeitos impossíveis ou repugnantes. Com a expressão *common right*, Coke estava a designar a *common law*. O segundo condicionante, o termo *razão*, consoante alinhavado supra, possuía um significado singular para Coke. De acordo com ele, a *common law* era formada por uma *artificial reason*, adquirida pelo esforço humano, sem origem *divina* ou *natural*. A *razão* do Direito, assim, não se confundia com a razão (vontade) de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, mas consubstanciava-se na perfeição artificial da razão alcançada por longo estudo, esforço e experiência. A *razão* da *common law* foi sendo aperfeiçoada ao longo dos séculos, por muitos doutos, firmando-se como um sistema perfeito. Desse modo, a razão privada de homem algum, ou mesmo a de um corpo de homens, poderia ser mais sábia do que o sistema de *razão artificial* historicamente construído.⁴¹ Disso tem-se que:

“‘O próprio direito comum’, escreveu Coke, ‘nada mais é do que razão, que deve ser compreendida como uma perfeição artificial da razão adquirida através de um longo estudo supervisionado e de experiência.’ O Direito da Inglaterra, continuou ele, ‘tem sido aperfeiçoado e melhorado através dos anos por uma série de estudiosos sérios e por uma longa experiência com tal perfeição para o governo do seu império que as velhas regras podem ser perfeitamente confirmadas, Neminem oportet esse sapientiores legibus: homem algum em sua razão pode ser mais experiente do que o Direito, que é a perfeição da razão’”.⁴²

Diante dessas evidências, soa legítimo concluir que Coke estava propondo que as Cortes da *common law*, imbuídas da função de interpretar e aplicar o corpo de princípios da *common law*, levando a cabo sua *razão artificial*, estivessem aptas a repudiar e declarar inválidos* atos governamentais – tanto do Executivo como do Legislativo, que desconstruíssem ou afrontassem a *common law* e sua *razão artificial*. É muito difícil, porém, *provar*, ou argumentar a *veracidade* dessa conclusão. Existe acirrada discordância entre juristas e historiadores sobre a possibilidade de Coke ter efetivamente inserido, em sua

and reason, or repugnant or impossible to be performed the common law will control it, and adjudge such act to be void.” [sem grifos do original].

⁴¹ BERMAN, Harold J. Op. Cit., p.1680 e ss.

⁴² *Id.* p.1690. “‘The common law itself’ Coke wrote, ‘is nothing else but reason which is to be understood [as] an artificial perfection of reason gotten by long study observation and experience.’ The law of England he continued ‘by many successions of ages has been fined and refined by an infinite number of grave and learned men, and by long experience grown to such a perfection, for the government of this realm, [that] the old rule may be justly verified of it, Neminem oportet esse sapientiores legibus: no man out of his own private reason, ought to be wiser than the law, which is the perfection of reason.’”

* Não há uma terminologia única utilizada pelos historiadores e autores consultados sobre qual o termo *tecnicamente* adequado para a lei ou ato do Executivo repudiados pelas cortes da *common law* como contrários ao Direito Comum e à razão. Alguns referem *nulo*, outros, *inválido*, outros *inexistente* (lei contra direito não é lei). Nesta etapa do trabalho, utilizar-se-á *nulo* e *inválido* como sinônimos, intercambiáveis entre si. Convém informar desde já que, nos Estados Unidos, onde o controle de constitucionalidade foi aceito e é aplicado pelas Cortes de Justiça, não há *rigidez terminológica* acerca da *inconstitucionalidade*, algumas vezes os *Justices* mencionam *inválido*, noutras *nulo*, noutras *inexistente*, entre outros termos. Não será adotado, nos capítulos seguintes deste trabalho, a *terminologia* pátria, e sim a tradução do termo usado em cada voto, em cada decisão apreciada. Por isso, a *inconstitucionalidade* poderá receber denominações como *nulidade*, *invalidade*, *inexistência*, entre outras. Ademais, haverá, adiante, o uso do termo *inconstitucionalizar*, o qual, embora pareça estranho no

decisão no caso em cena, uma nova *doutrina*^{**} constitucional, autorizadora da *Judicial Review* de atos parlamentares.

De um lado, levanta-se a hipótese de que Coke estava tentando implementar esta nova *doutrina* constitucional. Os autores que aderem a este pensar usam as palavras de Coke (*against common right and reason ... the common law will control ... void*) e dão um passo além: se a *common law* controla tais atos e os diz nulos, cabe às Cortes de *common law* declarar a nulidade de atos do Parlamento e do rei com tais características.⁴³ No lado diametralmente oposto, diz-se que Coke estava apenas *interpretando* os atos parlamentares, e fazendo uma *construção* harmonizante entre o ato e a *common law*, atividade corriqueira aos magistrados. Estaria anunciando a regra de interpretação segundo a qual os atos do Parlamento devem receber *construção* jurisprudencial de acordo com a *common law* e o *direito natural*, mesmo que, se necessário, a construção tenha de ser forçosa. O que ele teria feito, no *Dr. Bonham's Case*, seria tão-somente uma *nova interpretação* do ato do Parlamento, acomodando-o com o princípio de que *ninguém pode ser juiz em causa própria*, e não uma declaração de nulidade do ato por ser violador desse princípio.⁴⁴

Alguns autores ligados à primeira posição sugerem a ligação da decisão em liça com a cláusula *law of the land*, à procura de uma conexão entre o *Dr. Bonham's Case* e a *doutrina* do devido processo legal substantivo aplicada hodiernamente pela Suprema Corte norte-americana. Para atingir este resultado, partem da identificação entre a expressão *law of the land*, o direito da terra, com todo o sistema de Direito que Coke defendia como o *supremo da Inglaterra*, a *common law*. Sendo a *common law* o direito da terra, *law of the land*, um ato contrário a *common law*, seria um ato agressor da *law of the land*. Ademais, a cizânia acerca do alcance do controle proposto por Coke oferece mais um argumento, a sustentação de que este controle dar-se-ia não-somente quando o ato afrontasse diretamente regramentos expressos e claros da *common law*, mas também em termos de exame de razoabilidade, através da construção judicial de princípios não expressos e abstratos da *common law*.⁴⁵ Assim, o jogo de palavras entre *law of the land*, *common law* e *due process of law* **poderia** ter conduzido à equiparação das

Brasil, advém da noção de *processo inconstitucionalização*, aceita no constitucionalismo norte-americano dada a longevidade da Constituição e compreensão da *plasticidade* de seus *princípios*.

^{**} A palavra *doutrina*, quando em itálico, não se refere às elaborações dos estudiosos do Direito e dos juristas sobre as normas jurídicas e decisões judiciais: com aquele destaque gráfico, assume o sentido que lhe dão os norte-americanos, ou seja, como uma articulação teórica feita pelas Cortes de Justiça.

⁴³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle...** Op. Cit., p.59-60; WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.90; SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.59-61.

⁴⁴ Cf. BERGER, Raoul. **Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment**. Massachusetts: Harvard University Press, 1997, p.222, nota n. 4.

⁴⁵ *Id.* p.222, nota n. 4.

cláusulas *law of the land* e *due process of law* com um corpo de princípios e regras vinculantes, expressos ou não expressos, superiores em relação aos poderes constituídos⁴⁶. Compreendidas deste modo, estas cláusulas **autorizariam** as Cortes de *common law* a declarar *nulos* atos reais e parlamentares que as contrariassem. Como o padrão para a declaração de *nulidade* seria um corpo de regras e princípios expressos ou não, ele estaria *fora* do Direito positivado, as Cortes de *common law* **estariam autorizadas** a controlar atos reais e parlamentares através de um sistema de princípios externos ao Direito positivado. Esta linha de pensar guarda íntima correlação, como será visto nos capítulos subseqüentes, com a *doutrina* do devido processo legal substantivo.

Todavia, não se pode afirmar que este foi o intuito de Coke. Como bem salienta Lucius Polk McGehee, buscar qual o exato intento de Coke é tarefa eminentemente especulativa.⁴⁷ É um mistério o efetivo sentido das palavras de Coke, não há como precisar se ele estava simplesmente anunciando uma regra de interpretação, se estava propondo uma nova *doutrina*, similar ao controle de constitucionalidade, ou se estava lançando as bases do devido processo legal substantivo. O que se tem, objetivamente, é que a decisão proferida no *Dr. Bonham's Case* não constituiu um *precedente*, logo angariando o posto de caso isolado.

As palavras de Coke no *Dr. Bonham's Case* não estavam, porém, destinadas ao esquecimento. Mais de um século depois, essa decisão povoaria o espírito dos colonos ingleses na América do Norte, levando-os a reproduzir as palavras de Coke para argüir a *inconstitucionalidade* de atos do Parlamento inglês regulatórios da *liberdade* e da *propriedade* nas colônias. Mas não se sabe ao certo se aquela decisão influenciou a aceitação do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, ou se teve papel definitivo na trajetória da versão substantiva do devido processo legal.⁴⁸ Como oferece margem a

⁴⁶ Edward Keynes refere o posicionamento de McKennie, um dos mais célebres comentadores da Magna Carta em tempos próximos. McKennie sustenta que Coke deliberadamente confundiu seus contemporâneos com os termos *law of the land* - direito da terra - e *common law*. Ao igualá-los algumas vezes, teria feito com que a cláusula *law of the land* da Magna Carta deixasse de ter um significado apenas procedimental, para, pela aceção ampla que a expressão poder receber (direito da terra), exprimir tanto garantias procedimentais características da *common law*, quanto garantias substantivas. Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p.12-13.

⁴⁷ Cf. McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.26-27.

⁴⁸ Quanto ao início da *Judicial Review*, não existe modo de determinar se John Marshall, ao enunciar a histórica decisão da Suprema Corte que permitiu ao controle judicial de constitucionalidade dos atos legislativos deitar raízes nos Estados Unidos, no caso *Marbury v. Madison*, tinha em mente a atuação de Coke no *Dr. Bonham's Case*. Sobre o tema, assim se manifestou Carlos Roberto de Siqueira Castro: “(...) o que é certo é que, a par das diferenças contextuais que separam a decisão de Edward Coke e do Chief Justice Marshall, num e noutro caso, que se ligam aos diferentes papéis históricos do Parlamento e do judiciário na Inglaterra e nos Estados Unidos, o caso *Bonham* exerceu uma histórica significação constitucional nas antigas colônias inglesas na América do Norte. O importante, pois, não é o discutido alcance da motivação utilizada por Coke para considerar uma norma estatutária inconsistente com o direito e a razão (against common right and reason), mas sim o fato, este sim incontroverso, de que a decisão no caso *Bonham*, especialmente a célebre reflexão de Coke, constante do quarto argumento de seu voto (fourth reason) foi assimilada e até mesmo expressamente citada em decisões judiciais nas colônias inglesas da América do Norte, conforme se deu nos casos *Captain*

variadas leituras, pode-se apenas situá-la como mais um indício componente do enigma que é o surgimento do devido processo legal substantivo.

Referidos os elementos presentes no *Dr. Bonham's Case* que funcionam como indícios no *enigma histórico* do início da versão substantiva do *due process of law*, partir-se-á para o exame dos elementos oferecidos pelo caso *Five Knights* e pela *Petition of Right*.

1.1.2.3. O caso *Five Knights*, a *Petition of Right* e as Institutas de Coke

Foi no reinado de Carlos I que os conflitos constitucionais entre o Parlamento inglês e a Coroa deixaram de ser velados e iniciaram-se abertamente. Um dos pontos marcantes neste início foi o caso *Five Knights*, considerado o estopim do movimento que levou a *Petition of Right*. O caso *Five Knights* surgiu logo após a perda de batalhas a favor dos hungenotes, grupo protestante que a Inglaterra apoiava, a fim de incentivar a Reforma na Europa Continental. Carlos I decidiu, depois das derrotas, empreender uma nova batalha em defesa do grupo, na França. O Parlamento, cioso de um fracasso, negou as verbas que Carlos I carecia para a guerra. Para angariar fundos, Carlos I instituiu, *ilegalmente*, um empréstimo compulsório, a ser pago pelos nobres. Vários nobres recusaram-se a pagar. Carlos I determinou a prisão dos desobedientes, fazendo uso da prerrogativa real de encarcerar sem apontar a causa. Dentre os que se recusaram, encontravam-se *cinco cavaleiros*, que contrataram advogados para impetrar *Habeas Corpus*. Um deles contratou John Selden, correligionário de Coke e estudioso de sua teoria, à qual, após refinamentos, inseriu alguns elementos. O *Habeas Corpus* foi impetrado e deu azo ao caso *Five Knights*, datado de 1627.⁴⁹

Na fundamentação do *Habeas Corpus*, a *jurisprudência histórica* de Coke e de Selden foi largamente refletida. Selden ancorou-se em argumentos histórico-jurídicos, os quais, como Coke, considerava vinculantes e herança de todos os ingleses. Seu ponto de partida na história foi a Magna Carta, mais especificamente o capítulo XXXIX, que traduziu da seguinte forma: “*Nenhum homem livre pode ser aprisionado sem o devido processo legal*”.⁵⁰ Defendeu a clara violação deste preceito, pois os cavaleiros haviam sido aprisionados sem qualquer julgamento prévio *por um júri*. Empreendeu uma

Streater e London v. Wood, muito embora ainda sob a ótica estreita da simples interpretação legislativa (legislative construction) e não como uma rigorosa limitação do poder legislativo, o que era mais consentâneo com as tradições do direito inglês”. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Op. Cit., p.20-21.

⁴⁹ Para maiores detalhes sobre o reinado de Carlos I, vide: CHURCHILL, Winston S. *O novo...* Op. Cit., p.153 e ss.; SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.19 e ss.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História...* Op. Cit., p.45-46; POCOCK, John Greville Agard. Op. Cit., p.343; POUND, Roscoe. Op. Cit., p.24 e ss.

análise linguística desse capítulo da Magna Carta, identificando a cláusula *law of the land* com a própria *common law*, negando que o *law of the land* significasse qualquer outro sistema de Direito ou lei: “Nenhum desses direitos pode estar mencionado [na Magna Carta] a não ser o direito comum, que é o direito principal e mais geral, e é sempre entendido por excelência [isto é, por supremacia] quando a menção é direito da terra genericamente. E embora cada uma das outras leis que são aceitas neste reino por costume ou ato do parlamento possam perfeitamente ser chamadas de ‘um direito da terra’, mesmo que nenhuma delas possa ter preeminência para ser considerada ‘o direito da terra’”.⁵¹

Nota-se, nesta argumentação formulada por Selden, a identificação da expressão *law of the land* – direito da terra – com a *common law*, e a substituição daquela pela expressão *due process of law* na referência ao texto da Carta. O intercâmbio entre estes termos **pode** sugerir que o *law of the land* estava sendo utilizado como um catalisador do corpo de princípios da *common law*, princípios estes que continham tanto garantias procedimentais como *direitos materiais*. Se aceita esta premissa, **pode-se** raciocinar da seguinte forma: a *common law* é vinculante e obriga o rei. As Cortes da *common law*, aplicando a *common law*, podem fazer valer seus princípios contra atos reais. A *common law* é *the law of the land*. Logo, um ato contrário a *common law* é um ato contrário ao *law of the land*. Ora, se a *common law* constitui-se tanto de garantias procedimentais como de *direitos materiais*, *law of the land* deixa de ser apenas uma garantia procedimental, para ser também um limite contra intrusão real arbitrária nos *direitos materiais*, a ser executada pelas Cortes de *common law*. Estaria aqui, pois, um forte elemento de conexão entre o *law of the land* e o devido processo legal substantivo, tal como *construído* pelas Cortes de Justiça estadunidenses.

Na resposta à argumentação de Selden, o *Attorney General* alegou que a *law of the land* não era sinônimo da *common law*, mas sim de outras formas de direito, dentre as quais as prerrogativas reais sustentadas pelas Cortes do rei. Alegou, também, que a *law of the land* não significava garantia de

⁵⁰ Proceedings on the Habeas Corpus, brought by Sir Thomas Darnley, Sir John Corbet, Sir Walter Earl, Sir John Haveringham and Sir Edmund Hampden. 3 Howell's State Trials 17 (K. B. 1627) *Apud* BERMAN, Harold J. Op. Cit., p.1698. “No freeman shall be imprisoned without *due process of law*.” [sem grifos no original].

⁵¹ *Id.* p.1698-1699. “None of these laws can be meant [in Magna Carta] save the common law, which is the principal and general law, and is always understood by the way of excellency [that is, of supremacy] when mention is of law of the land generally. And that though each of the others laws which are admitted into this Kingdom by custom or act of parliament may justly be called ‘a law of the land’, yet none of them can have pre-eminence to be styled ‘the law of the land.’” [sem grifos no original].

julgamento pelo *júri*.^{*} Estribou-se em precedentes do reinado de Isabel e outros reis Tudors para justificar a prática reiterada da prerrogativa, constituída em direito hereditário do rei.⁵²

Na decisão do caso, os juizes negaram o *Habeas Corpus*, mantendo os réus encarcerados. Apoiaram-se nos precedentes de uso da prerrogativa de aprisionamento sem apontamento das causas oriundos do reinado dos Tudors e afirmaram que “*se um homem é encarcerado por ordem do rei, não pode ser solto por Habeas Corpus neste tribunal, pois desconhecemos as causas de tal encarceramento*”.⁵³ Este julgamento representava nada menos do que o esvaziamento da garantia do *Habeas Corpus* e do capítulo XXXIX da Magna Carta, haja vista que simples palavras proferidas pelo rei poderiam mandar alguém para a prisão, sem direito a procedimento e julgamento anteriores, nem a remédio judicial para a libertação.

Por isso, o caso *Five Knights* foi reputado um “*lastimável precedente*”,⁵⁴ que não contou com respaldo popular, já que permitia que um rei, que dava claras mostras de arbitrariedade, aprisionasse seus súditos de acordo com seu alvitre, até mesmo de modo arbitrário. O deslinde do caso propagou-se e chamou a atenção, principalmente de juristas que compunham o Parlamento, como Coke e Selden. Formou-se, na Casa dos Comuns, um foco de resistência ao arbítrio real, liderado por Coke. De outro lado, formou-se um grupo de partidários do rei. A batalha constitucional entre o rei e o Parlamento vinha à tona.⁵⁵

Num dos pólos, o defensor do rei, argumentava-se, na esteira da teoria de Jaime I, que as liberdades dos ingleses eram produto da graça real e não direito de nascença. As franquias concedidas por reis anteriores não obrigavam os atuais. Apegaram-se, também, aos *precedentes* da Dinastia Tudor, asseverando que o rei, sim, tinha o direito de herança, e, por isso, podia fazer uso das prerrogativas reais. Quanto ao *law of the land*, clamaram que não se identificava com a *common law*, e que estava abaixo do rei, uma vez que o que seria direito da terra seria determinado por ele. O outro pólo, opositor ao rei, respondia com a noção de força normativa da *common law*, principalmente do capítulo XXXIX da Magna Carta. Para eles, o *law of the land* consubstanciava-se na *common law*, direito de nascença dos

^{*} Perceba-se a presença da divergência acerca do conteúdo da cláusula *law of the land*. Enquanto Selden sustentava que ela era garantia de *julgamento pelo júri*, seu oponente, em defesa da Coroa, dizia que ela não significava isto, mas garantia de outros sistemas.

⁵² Cf. McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.12; BERMAN, Harold J. Op. Cit., p.1699 e ss.

⁵³ Proceedings on the Habeas Corpus, brought by Sir Thomas Darnel, Sir John Corbet, Sir Walter Earl, Sir John Haveringham and Sir Edmund Hampden. 3Howell's State Trials 17 (K. B. 1627) *Apud* SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes...* Op. Cit., p.21.

⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História...* Op. Cit., p.46.

⁵⁵ Cf. McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.12-15; SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.20-22; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit., p.45-46.

ingleses, obrigando inclusive o rei. Seus argumentos foram em enorme medida escorados na fundamentação do *Habeas Corpus* impetrado no caso *Five Knights*, e, portanto, na *jurisprudência histórica* de Coke. Coke afirmou, em uma reunião parlamentar, que era o *direito do reino* – *law of the land* – que contava, e não simples palavras do soberano, formuladas como *mensagens amorosas* sem validade normativa.⁵⁶

O grupo liderado por Coke, buscando tornar fato seus argumentos, elaborou um documento, no qual peticionava ao rei a aceitação do caráter normativo da *common law* e das franquias de *direitos* e liberdades concedidos ao longo dos séculos, em especial a Magna Carta, reinterpretada, como *law of the land*, ou seja, como direito da terra. Carlos I, barganhando fundos com o Parlamento, assinou a petição, que foi intitulada *The Petition of Right*,⁵⁷ um documento declaratório, no qual o rei reconhecia a força obrigatória da *common law*, identificada com o *law of the land*. Não havia instituição de direitos novos ou de instrumentos de execução; era uma petição **do direito**, de aceitação do corpo de princípios da *common law* como vinculante ao poder e pertencente a todos os ingleses. Seu texto enxuto elenca os *direitos* dos ingleses que foram violados pelo uso da prerrogativa real nos seguintes casos: a) aprisionamento sem apontamento das causas; b) vedação do *Habeas Corpus* contra atos reais; c) instituição de tributos e empréstimos compulsórios sem autorização parlamentar; d) aplicação da lei marcial e obrigatoriedade de aquartelamento de soldados em casas particulares. Foi afirmado que essas prerrogativas feriam as liberdades e os *direitos* herdados pelos súditos.⁵⁸ Foi, em suma, o asseveramento formal da noção de Coke de que as conquistas de *direitos* e liberdades no passado são vinculantes ao rei do presente, pois incorporam-se na *common law*, situada acima do rei.

Como o *law of the land* ocupou espaço nuclear no processo de discussão e de elaboração da *petition of right*, chamou-se atenção, no corpo da petição, para seu descumprimento e reafirmou-se a cláusula por duas vezes, em capítulos consecutivos.⁵⁹ No correr do texto, percebe-se a utilização sinônima impressa às cláusulas *law of the land* e *due process of law*. Ao final do documento, foi declarada a vinculação real à observação de *direitos* e liberdades concedidas ao longo dos séculos. A

⁵⁶ SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.20.

⁵⁷ *The Petition of Right*. (1628). Disponível em: <<http://odur.let.rug.nl/usa/D/1601-1650/england/por.htm>>. Acessado em: 22/05/2001.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.* Trata-se dos capítulos III e IV, verbis: “III. And whereas also by the statute called ‘The Great Charter of the Liberties of England’ its is declared and enacted, that no freeman may be taken or imprisoned or be disseized of his freeholds, or liberties, or his free customs, or be outlawed or exiled, or in any manner destroyed, but by the law lawful judgement of his peers, or by the law of the land. IV. And in the eight – and- twentieth year of the reign of King Edward II, it was declared and enacted by authority of parliament that no man, of what state or condition that he be, should be put out of his lands or tenements, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited nor put to death without being brought to answer by due process of law.”. [sem grifos no original].

junção desses fatores, no entanto, é incapaz de esclarecer se a cláusula *law of the land* contava com uma interpretação substantiva, ou se apenas como uma garantia procedimental. Fato é que, por vezes, ela era intercambiada com a própria *common law*, a qual continha tanto garantias procedimentais como *direitos materiais*. Mas não foi afirmado, na *petition*, o conteúdo específico do *law of the land*, se apenas garantia procedimental, ou seja, exigência de procedimentos anteriores à intrusão real nos *direitos e liberdades* dos súditos, ou se *limitação substantiva ao poder real*, ou seja, *cláusula proibitiva da intrusão real arbitrária, não obstante a observação de procedimentos prévios, nos direitos de vida, propriedade e liberdade*. Para sustentar a existência desta versão, **pode-se** seguir o mesmo *iter* de raciocínio formulado para afirmá-la na motivação de John Selden no caso *Five Knights*. Entretanto, convém lembrar que a *Petition of Right* não continha instrumentos hábeis a ensejar sua execução, não havia previsão dos remédios a serem utilizados caso o rei não obedecesse suas cláusulas. Esta informação torna mais difícil a argumentação de que as Cortes de *common law* poderiam controlar materialmente os atos reais que ferissem a *common law*, o direito da terra – *law of the land*.

Após a assinatura da *Petition of Right*, Sir Edward Coke publicou a magnânima obra *Institutes of the Laws on England*.^{*} Nela, ao comentar a Magna Carta, Coke depositou um resumo das idéias defendidas pelo grupo que liderou nos debates parlamentares. Sacralizou a sinonímia entre as expressões *law of the land* e *due process of law*, utilizando-as alternadamente com sentido idêntico. Desde então, conferir identidade às duas é regra de interpretação estabelecida, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos.⁶⁰ Comentando o capítulo XXXIX da Magna Carta, Coke referiu-se eminentemente a seu aspecto procedimental, destrinchando o *law of the land* como uma garantia de lisura e de adequação aos procedimentos judiciais. Entretanto, em outras passagens, ao labutar sobre diferentes temas, Coke afirmou que o *law of the land* é uma limitação **substantiva** à autoridade legislativa e executiva do rei, ou seja, que oferta a possibilidade das Cortes de *common law* revisarem e reputarem válidos ou não os atos reais por seu conteúdo, independentemente de quanta correção procedimental tenha sido aplicada.⁶¹ Edward Keynes enfatiza esse posicionamento de Coke, citando-o “*Todos os monopólios são contrários à esta Grande Carta [a Magna Carta], porque eles são contra a liberdade e contra o direito da terra*”.⁶² McGehee, embora não se posicione acerca da existência de uma versão substantiva do *law of the land*, demonstra que Coke leu a cláusula de modo ampliado, identificando-a com a própria *common law*:

^{*} Foram empreendidos intensos esforços para a consulta direta a esta obra. Entretanto, tal não foi possível. Usa-se aqui, como fonte, um excerto da obra, inserido como anexo no livro de Roscoe Pound, que corresponde exatamente ao labor de Coke sobre o capítulo XXIX da Magna Carta e, portanto, sobre o *law of the land*.

⁶⁰ Cf. McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.13-16.

⁶¹ KEYNES, Edward. Op. Cit., p.12.

“Coke diz que *direito da terra* significa ‘o direito comum, a lei parlamentar, os costumes da Inglaterra’”.⁶³

São estes os componentes do *enigma* sobre o surgimento do devido processo legal substantivo que se apresentaram no curso do século XVII na Inglaterra. Se é difícil ter certeza acerca da apresentação da *doutrina* constitucional da *Judicial Review* de atos parlamentares por Coke no *Dr. Bonham's Case*, mais difícil ainda é ter como certo que Coke defendeu a utilização do *law of the land* como instrumento do controle judicial de constitucionalidade, seja de atos reais ou parlamentares. Certo é que ele foi tratado como uma garantia inerente ao procedimento judicial, exigindo cumprimento de certos ritos e formalidades anteriores ao julgamento e à aplicação de *penas*. Certo é que, por vezes, o *law of the land* foi usado como sinônimo do corpo vinculante de princípios da *common law*. É incerto, entretanto, se a cláusula, identificada com o direito da terra, a *common law*, seria destinada à proteção de um núcleo fundamental de *direitos*, exigindo para o cerceamento deles algo além da observância de procedimentos específicos pelas Cortes: isto é, se as Cortes, ao perceberem que o cerceamento era *arbitrário*, isto é, contrário aos princípios – escritos ou não – da *common law*, independentemente de quanta *justiça procedimental* houvesse sido empregada, dissessem que a fonte de arbitrariedade encontrava-se no conteúdo do ato real ou parlamentar autorizador do cerceamento, concluindo assim, pela *invalidade* de tal ato. O *law of the land*, assim, não seria o formado pelos atos dos reis ou do Parlamento, mas por um corpo de princípios superiores a ambos e capaz de controlá-los. É este o *enigma* não resolvido pelos constitucionalistas e historiadores anglo-americanos.

Raoul Berger, conhecido hodiernamente por divulgar, nos Estados Unidos, a *invenção* da versão substantiva do devido processo legal, sintetiza este *quebra-cabeça*, posicionando-se contra a existência, nesta etapa do constitucionalismo inglês, de qualquer indicio da formulação da *doutrina* do devido processo legal substantivo. Segundo ele, apesar de alguns estudiosos ventilarem e até sustentarem a hipótese de haver uma leitura da cláusula *law of the land* próxima a do devido processo legal substantivo como aplicado pela Suprema Corte a partir do final do século XIX, não há base de apoio para essas manifestações: “Coke afirmou que ‘pelo direito da terra’ era entendido “devido curso e processo legal”. Se devido processo legal e ‘direito da terra’ eram idênticos no Direito inglês, isto não precisa nos deter; para os propósitos atuais pode ser suficiente dizer que ambos estão relacionados a procedimentos legais

⁶² Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p.12. “All monopolies are against this great charter [the Magna Carta], because they are against the liberty and the freedom of the subject, **and against the law of the land.**”. [sem grifos no original].

⁶³ McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.15. “Coke says that **by the law of the land** is meant the ‘the common law, the statute law, or custom of England’”. Por *statute law* pode-se entender também o direito legislado.

preliminares às penas descritas.”⁶⁴ Ele não recusa completamente a idéia de Coke ter defendido a existência de uma *lei fundamental* superior ao rei e ao Parlamento, mas não aceita, sobremaneira, a possibilidade de Coke ter defendido o *controle de razoabilidade* dos atos reais ou parlamentários por meio das cláusulas *law of the land* e *due process of law*.

*“Quando Coke declarou, no caso do Dr. Bonham, que um ato do parlamento não poderia tornar um homem juiz em sua própria causa, ele não invocou a Magna Carta, mas ‘o direito comum e a razão’, que ele havia identificado com ‘a lei da natureza’, uma identificação repetida pelo Ministro Hobart. Por implicação negativa, a cláusula ‘direito da terra’ da Magna Carta não conferia, aos olhos de Coke, autoridade para deixar de lado uma lei por desarrazoada. É verdade que Coke também afirmou em suas Instituições que, se for editada alguma lei contrária à ‘Magna Carta, ela deve ser tomada por nenhuma’, mas isto, em meu julgamento, simplesmente significa que, por exemplo, uma lei que autorize a prisão de uma pessoa sem o julgamento de seus pares seria inválida; pois ele seguia a Magna Carta como ‘lei fundamental’”.*⁶⁵

Edward Keynes espousa conclusão diferente da de Berger, salientando que a história constitucional inglesa desse período anuncia o início da versão substantiva do devido processo legal:

*“Sir Edward Coke, o mais conhecido expoente da Magna Carta, cita-a como uma limitação substantiva na Coroa e como uma garantia de justiça procedimental. Em sua obra Instituições do Direito Inglês, Coke às vezes emprega ‘o direito da terra’ para sugerir uma limitação substantiva no poder da Coroa com relação aos direitos de propriedade. Outras vezes, ele usa ‘devido processo legal’ referindo-se a garantias procedimentais específicas. (...) A influência de Coke foi tão grande que, muito tempo depois, os primeiros advogados e comentadores americanos passaram a ver o devido processo legal como incorporador tanto de limitações procedimentais como substantivas ao poder governamental. (...) A história constitucional britânica do século XVII indica que devido processo legal inclui tanto garantias procedimentais como restrições substantivas à Coroa”.*⁶⁶

Há, pois, diferentes posicionamentos em torno da existência ou não de uma versão substantiva da cláusula *law of land*, isto é, da possibilidade dela significar uma autorização às Cortes de *common law*, para avaliar o conteúdo de mérito de atos reais e parlamentares privadores de certos direitos e liberdades

⁶⁴ BERGER, Raoul. Op. Cit., p.223. “Coke stated that ‘by the law of the land’ was meant ‘by due course and process of law. whether due process and ‘law of the land’ were identical in English law need not to detain us: for present purposes it may suffice that both related to judicial procedures preliminary to the described forfeitures.”

⁶⁵ Id. p.222, nota n. 4. “When Coke asserted in Dr. Bonham’s Case that an act of Parliament could not make a man judge in his own cause, he did not invoke the Magna Charta, but ‘common right and reason’, which he had identified with the ‘law of nature’, an identification repeated by Justice Hobart. By negative implication, the ‘law of the land’ clause of Magna Charta did not, in Coke’s eyes, confer authority to set a statute aside as unreasonable. True, Coke also stated in his Institutes that if any statute be made contrary to ‘Magna Charta it shall be holden for none,’ but this, in my judgement, merely meant, for example, that a statute which authorised the ‘imprisonment’ of a person without the judgement of his peers would be invalid: for he regarded Magna Charta as ‘fundamental law.’”

⁶⁶ KEYNES, Edward. Op. Cit., p.12-13. “Sir Edward Coke, the best known exponent of the Magna Carta, cites it as both a substantive limitation on the Crown and a guarantee of procedural fairness. In his Institutes of the Laws on England Coke sometimes employs ‘the law of the land’ to imply a substantive limitation on the Crown’s power with regard to property rights. At other times, he uses ‘due process of law’, referring to specific procedural safeguards. (...) Coke’s influence was so great that many later American lawyers and commentators viewed due process as incorporating both procedural and

anteriormente reconhecidos, para dizê-los ou não *arbitrários* de acordo com o sistema de princípios da *common law*, e não apenas a textos explícitos. Afora isso, é fato que esta interpretação, se existente, não encontrou espaço na formulação constitucional inglesa. As contendas entre a Coroa e o Parlamento ocorridas no século XVII findaram com a assinatura do *Bill of Rights*, documento que definiu a estrutura organizacional do poder na Inglaterra.⁶⁷ A monarquia parlamentar e a noção de **supremacia parlamentar** sedimentaram-se através desse documento. Consoante esta estrutura, o Parlamento é supremo e não há possibilidade de controle de seus atos com base em princípios da *common law*, do *direito natural*, e, muito menos, com base em uma Constituição escrita. O Parlamento é poder absoluto e irrefragável, não existindo normas superiores às dele, vigorando, pois, o sistema da *legalidade*. Os juízes da *common law* são destituídos de poderes e de meios para tarjar de inválidos atos do Parlamento que pensem *desarrazoados, injustos, ilegítimos*; não há, também, como dizer que um ato do Parlamento é contrário a direito, pois a noção de direito confunde-se com a de ato parlamentar. Na célebre frase de Blackstone: “*É verdade que, o que o Parlamento faz, nenhuma autoridade na terra pode desfazer.*”⁶⁸

Berman argumenta que essa estruturação possui certa conexão com o conceito de *razão* proposto por Thomas Hobbes, intrinsecamente diverso do de Coke. Para Hobbes, a *razão* do Direito é oriunda de regras que refletem a *vontade* de um soberano, seja ele um só homem ou um corpo deles. Hobbes reputou como *falsa a razão artificial*, dizendo que advogados e juízes não forjam a *razão* ao longo do tempo por seu labor, mas que quem faz isso é um soberano. Considerou particularmente nociva a idéia de que alguns homens, baseados em premissas históricas fluídas possam colocar-se em posição mais sábia que a *lei*, pois isto geraria uma inexecutabilidade dos comandos *legais*. Em seu pensar, o que faz de uma *lei* uma *lei* não é seu conteúdo de *sabedoria* ou *razoabilidade*, mas a *autoridade*.⁶⁹

Em função da organização constitucional forjada pelo *Bill of Rights* inglês, as noções de supremacia do Direito, de existência de um corpo de princípios vinculantes não oriundos da vontade de um homem ou de um corpo de homens, os ideários de *lei fundamental*, o controle judicial dos atos dos

substantive limitations on governmental power. (...) Seventeenth-century British constitutional history indicates that due process encompasses both procedural guarantees and substantive restraints on the Crown.”

⁶⁷ *The Bill of Rights*. Disponível em: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/england.htm>. Acessado em: 22/05/2001. A declaração de direitos da Constituição dos Estados Unidos é homônima desse documento inglês. A fim de evitar confusões, quando a alusão for ao documento inglês, aparecerá sempre a designação *inglês*, formando a expressão *Bill of Rights* inglês. Já para a declaração de direitos da Constituição norte-americana, cuja expressão será largamente empregada, utilizar-se-á simplesmente *Bill of Rights*.

⁶⁸ William Blackstone. *Apud* WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.91. “*True it is, that what the Parliament doth no authority upon earth can undo*”

⁶⁹ Existe uma célebre discussão entre Hobbes e Hale, discípulo de Coke. Hobbes destinou críticas diretas à noção de *razão artificial*, em um diálogo entre um filósofo e um jurista. Hale respondeu a estas críticas. Para informações acerca do

exercentes do poder por meio desses princípios ou dessa *lei* capitula, e, imediatamente, capitula a versão substantiva do devido processo legal, considerada um passo além no controle jurisdicional de constitucionalidade, pois que permite a recusa de privações *arbitrárias* de um núcleo de direitos mesmo que o ato cerceante não agrida frontalmente o texto constitucional. Ela não pode conviver com a supremacia parlamentar; carece da *supremacia da Constituição* sobre os poderes de um Estado.

Não havendo *supremacia da Constituição*, nem um núcleo de direitos especialmente protegidos contra a atuação do executivo ou das maiorias legislativas, não havendo controle jurisdicional de constitucionalidade, não há devido processo legal substantivo. Dessa forma, a cláusula se traduziu, em solo inglês, como uma garantia eminentemente procedimental, inerente à correção, lisura e *justiça* dos *procedimentos judiciais*. Em um segundo plano, muito tênue, atua como um limite substantivo aos poderes reais. Jamais foi efetivamente tomada como um método de controle de razoabilidade e *legitimidade* dos atos do Parlamento, que figura até hoje, na organização constitucional inglesa, como poder máximo. Coke, no entanto, não foi esquecido; mal ele poderia imaginar com que força e com que repercussão suas idéias de supremacia do Direito, como um corpo vinculante de princípios e regras acima dos poderes de Estado, chegariam até o outro lado do oceano, nas colônias inglesas da América do Norte.

1.2 A RECEPÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS E OS PRIMEIROS ENLACES COM O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Se é incerto que a versão substantiva do devido processo legal teve sua origem e suas primeiras aplicações na Inglaterra, é indubitável que esta versão ganhou adesão – ou *construção* – tribunalesca nos Estados Unidos. No entanto, tal qual na Inglaterra, reina controvérsia acerca da presença da substantividade do devido processo legal nas possessões inglesas na América do Norte, assim como durante os setenta anos imediatamente posteriores à Constituição dos Estados Unidos, de 1787. Apesar do grande contingente de textos legais – Cartas Coloniais, *leis*, Constituições estaduais, Constituição dos Estados Unidos, etc. – abarcando a cláusula *law of the land*, o *due process of law* ou similares, a interpretação substantiva delas segue como um *mistério* neste interregno. Por um ângulo, não se pode alardear peremptoriamente a presença do substantivo devido processo legal nessas etapas do desenvolvimento constitucional norte-americano. Por outro, não se pode descartá-la absolutamente.

debate, consulte: BERMAN, Harold J. Op. Cit., p.1700 e ss.; HOBBS, Thomas. **A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England**. Chicago: University of Chicago, 1997, passim.

Apesar deste *enigma* acerca da existência ou não da faceta substantiva do devido processo legal no período colonial norte-americano e no primeiro meio século pós-independência, é fato que foi neste lapso que se firmaram os elementos que figuram como pré-condições da substantividade da cláusula, quais sejam, as noções de Constituição escrita, com Declaração de Direitos Fundamentais, de supremacia da Constituição e de controle jurisdicional de constitucionalidade. Já que estes elementos apresentam-se como pré-condições do substantivo devido processo legal, serão destinadas algumas linhas ao estudo de sua evolução, sempre visando destacar os **possíveis** pontos que os enlaçam a esta versão da cláusula. Nesta esteira, será inicialmente abordada a noção de supremacia da Constituição, acompanhada de um breve exame do processo de confecção da Constituição dos Estados Unidos e do *Bill of Rights*, corpo de Emendas acrescido pouco tempo após a ratificação do documento constitucional e que contém o *due process of law*. Este passo abrange algumas notas acerca da trajetória de positivação do *due process of law* antes de sua inserção no texto constitucional. Após, será resumidamente explanado o nascimento do controle jurisdicional de constitucionalidade, as características *moderadas* que lhe foram impressas nessa época, sendo ainda ventiladas algumas *doutrinas* que competiam com a do controle jurisdicional de constitucionalidade e outras que o levavam além das características moderadas.

Depois de aclarados estes elementos que funcionam como pré-condições do *substantive due process of law*, deter-se-á a atenção nos casos decididos com base em uma visão específica do controle jurisdicional de constitucionalidade, o qual se sustentava na advocacia de um controle mais amplo do que o *moderado*, chamada, por isto, de *Ultra Judicial Review*. Foi no interior dessa visão que surgiu o primeiro caso decidido sob a batuta do *substantive due process of law*, o *Dred Scott Decision*. A partir do deslinde e do arrazoado desse caso pode-se asseverar com certeza a existência do *substantive due process of law*. Entrementes, um longo intervalo ocorreu entre esta afirmação explícita primeira da *doutrina* do devido processo legal substantivo e sua efetiva articulação, sistematização e aplicação pela Suprema Corte estadunidense, as quais somente aconteceram alguns anos após o advento da Décima Quarta Emenda, texto legal que inseriu, pela segunda vez, o *due process of law* na Constituição dos Estados Unidos e foi responsável pelo impulso da versão substantiva. Por este motivo, este capítulo será finalizado com uma apreciação, por vezes pormenorizada, das condições de elaboração, aprovação e ratificação dessa Emenda, acompanhada de um exame das possibilidades exegéticas da cláusula *due process of law* oferecidas pela Emenda.

1.2.1 A CONSTITUIÇÃO, SUA SUPREMACIA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A supremacia da Constituição é um conceito que condiciona a existência do controle jurisdicional de constitucionalidade. Somente a partir da aceitação daquele é que este pode ser concretizado. O devido processo legal substantivo liga-se ao controle jurisdicional de constitucionalidade como uma cláusula que

permite às Cortes passar em revista a razoabilidade dos atos normativos que privam as pessoas dos direitos de *vida, propriedade e liberdade*. Logo, a versão substantiva do devido processo legal depende, também, da adoção da supremacia da Constituição. Esse conceito deriva das noções de Constituição escrita e rígida, ou seja, Constituição forjada em documento formal escrito, intangível ou de mutabilidade restrita pelos poderes ordinários e significa a colocação do texto constitucional em posição hierárquica superior aos atos dos poderes por ele constituídos, como uma *lei fundamental* que guia e condiciona todos os demais atos normativos. Foi com a aprovação da Constituição dos Estados Unidos que a noção de supremacia da Constituição sedimentou-se no cenário político norte-americano. Diz-se sedimentou porque tal noção não foi *inventada* na Convenção Continental, mas foi fruto de um lento processo histórico, iniciado no apreço dos colonos às Cartas Coloniais, unido a certas premissas de Sir Edward Coke e dos teóricos do contrato social.

As Cartas Coloniais eram documentos legais elaborados pelos reis, donatários ou pelos próprios colonos, destinados a regular a vida nas possessões inglesas na América do Norte. Além das regras básicas de convívio e da organização do poder, traziam em seu bojo um certo número de *direitos* e garantias, moldados a exemplo das franquias de *direitos* inglesas. A primeira Carta Colonial, instrumento que influenciou todas as demais Cartas, continha uma cláusula que assegurava o gozo, pelos colonos, dos mesmos *direitos* dos ingleses. Paulatinamente, à medida que evoluía a vida colonial e mais colonos chegavam, novos *direitos* eram concedidos por meio das Cartas, e os *direitos* e garantias já tutelados eram esmerilhados e melhor protegidos. A cada Carta, contabilizavam-se aprimoramentos, dentre eles, a descrição de alguns dispositivos como situados *acima* da vontade dos legislativos coloniais, impedindo-os de alterá-los.⁷⁰

Tecnicamente, de acordo com o Direito inglês – tanto o anterior como o posterior ao *Bill of Rights* inglês – as Cartas Coloniais não eram nem *superiores*, nem inalteráveis. Deste modo, o *status* técnico de supremacia não era conferido às Cartas. Todavia, esta era a visão que os colonos possuíam delas, tanto que, quando houve tentativas da Coroa e do Parlamento ingleses de alterá-las, o colonato reagiu violentamente, alegando sua supremacia e vinculabilidade. Nas palavras de Bernard Schwartz:

⁷⁰ A Carta que continha o dispositivo expresso que determinava que seu texto era supremo em relação aos poderes constituídos, impedindo os Legislativos coloniais de alterá-lo era a Carta de Nova Jérsei. Para um detalhamento neste tema, vide: SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes...** Op. Cit., p.35 e ss.; CHURCHILL, Winston S. A era da revolução. In: **História dos povos de língua inglesa**. São Paulo: IBRASA, 1960, v.III p.125-135; POUND, Roscoe. Op. Cit., p.44-60; SUTHERLAND, Arthur. E. Op. Cit., p. 127 e ss; KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. **The American Constitution. Its origins and development**. New York: W.W. Norton & Company Inc., 1983, p.13-45; TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.38-42. Há um *site* na *internet*, de um Projeto da Universidade de Yale, que disponibiliza os textos destas Cartas: «<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/pre18htm>». Acessado em: 22/05/2001.

*“A lei, no entanto, não controlava a maneira pela qual as cartas coloniais ou leis fundamentais eram encaradas pela maioria dos americanos. Preceitos legais expressos podiam transformar as cartas em meros instrumentos de graça real. Mas os colonos consideravam-nas como algo muito mais além (...) os americanos passaram a encarar suas cartas como baluartes contra o abuso do poder pelos que detinham o privilégio do governo, apressando-se em se oporem a todas as infrações dos direitos instituídos nelas. (...). As cartas eram encaradas como a base fundamental dos direitos e das liberdades de que (sic) os colonos desfrutavam; quando as cartas coloniais eram restringidas ou alteradas, a perda para os colonos era tão profundamente lamentada quanto teria sido a da Magna Carta pelos ingleses”.*⁷¹

Esse sentimento alimentado pelos colonos levou-os a tratar suas Cartas como *leis fundamentais*, incrementando a noção de sua supremacia. Tanto o sentimento quanto a noção foram produto da confluência da teoria de Sir Edward Coke de supremacia do Direito com as teorias do contrato social. Como as Cartas eram documentos que descreviam os *direitos* dos colonos e garantiam a extensão das franquias de *direitos* inglesas às terras norte-americanas, os colonos importaram para elas a noção de supremacia e vinculabilidade do Direito de Coke, vislumbrando-as como a manifestação escrita desse Direito e incorporadoras do corpo de regras e princípios da *common law*, supremos e vinculantes mesmo para reis e legisladores futuros. O ideário do contrato social também teve parcela de contribuição para o desenvolvimento da noção de supremacia das Cartas, uma vez que as elaboradas pelos colonos eram, muitas vezes, equiparadas a um *contrato social*.

Durante o processo de independência das colônias inglesas da América do Norte, a noção de *lei fundamental*, contenedora da estrutura organizacional dos poderes e dos *direitos* das pessoas frente ao poder, situada em posição superior aos poderes constituídos, não foi abandonada. Ao contrário, foi melhor articulada, e, ao fim do processo, deitou raízes na organização constitucional estadunidense. O ideário de imposição de limites ao poder através de documentos escritos – que organizam o poder e declaram direitos, com mutabilidade restrita e supremacia diante dos poderes constituídos – ganhou contornos específicos, sempre com escore nas teorias do contrato social, da *jurisprudência histórica* de Coke e, também, dos alvitre montesquienianos da necessidade de limitação do poder. São provas disso a *Declaração das Resoluções*, produto da Primeira Convenção Continental, documento no qual se encontra descrita com clareza a noção de *supremacia constitucional*, e as Constituições estaduais, elaboradas a partir de 1776, todas dotadas de supremacia diante dos poderes que constituíam.⁷²

⁷¹ SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes...* Op. Cit., p.37-38.

⁷² Sobre esta etapa da história constitucional norte-americana, vide: CHURCHILL, Winston S. *A era...* Op. Cit., p.149-195 e 229-243; SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.35-92; SUTHERLAND, Arthur E. Op. Cit., p. 167-250; KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p.45-68 e 86-120.

Foi a partir deste arcabouço que os estados organizaram a Convenção Constitucional de 1787, com o escopo de *construir* uma Constituição para reger a união dos estados e funcionar como um *contrato social*, dotada de supremacia sobre todos os demais poderes e atos normativos deles emanados. A Constituição deveria ser escrita, a fim de possuir maior autoridade, segurança, unidade e compreensibilidade. Deveria, também, organizar claramente o governo, estabelecendo com precisão os limites ao poder, declarando direitos e instituindo garantias fora do alcance dos poderes Executivo e Legislativo. Esta Convenção aprovou, em 1787, o texto constitucional, que continha a organização de poderes da federação que criava, mas não contava com uma Declaração de Direitos. No corpo da Constituição, menção expressa à sua superioridade hierárquica sobre os demais atos normativos, no artigo VI, 2, *verbis*: “*Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos editadas em virtude dela e todos os tratados celebrados ou que se celebrem sob a autoridade dos Estados Unidos da América constituirão the supreme law of the land; e os juizes em cada Estado estão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição e nas leis de qualquer estado*”.⁷³

Essa seção aponta com clareza a supremacia da Constituição sobre todas as demais leis e atos normativos. É fácil notar que ela situa a Constituição num patamar superior ao das leis federais, dos tratados celebrados em nome dos Estados Unidos, das constituições e das leis estaduais, obrigando, também, os juizes estaduais. É essencial compreender que todos esses atos normativos somente serão *law of the land* se estiverem em consonância com a Constituição, *the supreme law of the land*. Na forma redacional, há um liame entre a expressão *law of the land* e a supremacia constitucional. Aquela é usada, aqui, como direito da terra em sentido amplo, definindo a Constituição como o supremo direito da terra, que torna *sem efeito* qualquer outro direito contrário a ela. Não há conexão direta da expressão *law of the land* com direitos de *vida, propriedade* ou *liberdade*, tampouco ela está expressa sob a forma de garantia, como ocorrera em seus correspondentes ingleses e coloniais, que, desde a Magna Carta, ligavam-na a uma garantia de *direitos*.⁷⁴

Anos mais tarde, foi com estribo neste trecho da Constituição que *Justice Marshall* argumentou o controle jurisdicional de constitucionalidade: justamente a seção que contém o *law of the land*. No entanto, não foram encontrados elementos que permitam concluir cabalmente a conexão da supremacia

⁷³ *Constitution of the United States of America*. Disponível em: «<http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/constitution.htm>». Acessado em: 22/05/2001. “*This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treatises made, or which shall be made under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every states shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any State notwithstanding.*” [sem grifos no original].

⁷⁴ Para compreender este trecho da Constituição, é muito elucidativa a leitura do voto de *Justice Marshall*, no caso *Marbury v. Madison*. *Marbury v. Madison*. 05 U.S. (1803). Cit.

constitucional, do controle de constitucionalidade e da expressão *law of the land*, relacionados na célebre frase de Justice Marshall, “a questão de se um ato contrário à Constituição pode tornar-se o direito da terra”,⁷⁵ foi a causa da doutrina do *substantive due process of law*. Da anterior sinonímia entre o *due process of law* e o *law of the land* **pode-se** levantar a hipótese de o jogo de palavras ter conduzido à compreensão de que um ato normativo contrário à Constituição não é *law of the land* e, portanto, não é *due process of law*. Esta conclusão acaba por igualar o *due process of law* à própria Constituição. A versão substantiva da cláusula é um incremento no controle de constitucionalidade, mas não significa, sobremaneira, que ela absorva a Constituição, de tal modo que todo e qualquer ato contrário à Constituição deixe de ser *due process of law*. Como será visto, a redação da cláusula no *Bill of Rights* distancia-a disso e impede tal interpretação. Mas registra-se que o jogo terminológico entre *law of the land* e *due process of law* **pode** ter contribuído para a construção da doutrina do devido processo legal substantivo.

A Constituição de 1787, embora tenha sacralizado a supremacia constitucional nos Estados Unidos, não contava com uma Declaração de Direitos em seu bojo. Tampouco com a cláusula *due process of law*. Somente em 1791 o *due process of law* ganhou seu espaço na Constituição, situado na Quinta de um bloco de dez Emendas à Constituição:

“Nenhuma pessoa pode ser obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou promúncia de um Grande Juri, exceto em casos que surjam nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ou em tempo de guerra ou de perigo público; nem se pode sujeitar qualquer pessoa, pelo mesmo crime, a ser submetida duas vezes a julgamento que lhe possa causar a perda da vida ou dano físico; nem será obrigada de forma alguma a depor contra si mesma, nem será privada de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem pode uma propriedade privada ser tomada para uso público sem justa compensação”.⁷⁶

A redação dessa Emenda não esclarece se o devido processo legal recebia ou não uma versão substantiva, ou seja, se ele foi positivado tanto como uma garantia inerente aos procedimentos judiciais quanto como uma garantia de razoabilidade no conteúdo dos atos legislativos e executivos privadores dos direitos de *vida, propriedade e liberdade*. A história legislativa da Emenda, assim como sua redação, não

⁷⁵ *Marbury v. Madison*. 05 U.S. (1803) Cit. “The question of whether an act against the constitution can become **the law of the land**.” [sem grifos no original].

⁷⁶ *The Constitution of the United States. The Bill of Rights*. Disponível em: «<http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/constitution/amends.htm>». Acessado em: 22/05/2001. “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when an actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any case to be a witness against himself, **nor can be deprived of life, liberty, or property, without due process of law**; nor shall private property be taken for a public use, without just compensation” [sem grifos no original].

fornece elementos que permitam solver o *enigma* acerca da versão substantiva do devido processo legal nessa etapa do constitucionalismo norte-americano. Entrementes, é necessário pontuar que o texto da Quinta Emenda e o histórico de seu processo legislativo não são os únicos elementos disponíveis para o levantamento de *peças* do *quebra-cabeça* da origem do devido processo legal substantivo. É necessário pontuar que o *Bill of Rights* não foi o primeiro texto legal norte-americano que ofertou guarida explícita à cláusula – ou sua congênere, *law of the land*. Tanto documentos anteriores como posteriores à independência abraçavam a cláusula ou frases similares a ela. A fim de lançar hipóteses acerca da existência da versão substantiva do princípio nas histórias colonial e pré-constitucional norte-americanas, antes de tecer comentários ao *due process of law* da Quinta Emenda, serão mencionados alguns textos legais nos quais a cláusula pode ser encontrada.

1.2.2.1 A trajetória de positivação do devido processo legal e seu possível teor substantivo

Este tópico tem por objetivo ventilar hipóteses da existência da versão substantiva do devido processo legal nas histórias colonial e pré-constitucional norte-americanas. Isto é, intenciona-se questionar se a cláusula *due process of law* já era vislumbrada como um limite posto ao conteúdo dos atos dos poderes Legislativo e Executivo privadores dos direitos de *vida, propriedade e liberdade*, e não apenas como uma garantia de lisura nos procedimentos jurisdicionais. Para isso, serão apresentados alguns comentários acerca da trajetória de positivação do *law of the land*, do *due process of law* ou similares nos documentos coloniais, nas constituições estaduais, bem como acerca da história legislativa da cláusula na Quinta Emenda, descrevendo, a cada passo, as opiniões dos doutos sobre uma **possível** versão substantiva em cada um desses momentos.

Já nas Cartas Coloniais pode-se encontrar a cláusula *law of the land*, cabendo, todavia, lembrar que algumas vezes na forma de expressões similares. Orlando Bitar assim se manifesta sobre a ocorrência dessa cláusula nas Cartas Coloniais: “o conceito de *law of the land* ou do *due process* (...) *transladou-se para a América, integrativo dos direitos dos ingleses que para ai emigraram*”.⁷⁷ Embora a expressão *due process of law* não tenha ganhado espaço nas Cartas, o *law of land* aparecia e, muitas vezes, eram utilizadas expressões similares, como *due course of justice* ou *due course of law*.⁷⁸ Dentre leis editadas

⁷⁷ BITAR, Orlando. *A lei...* Op. Cit., p.111.

⁷⁸ Estudar estes documentos coloniais norte-americanos é tarefa extraordinária para os que se interessam pela evolução dos Direitos Fundamentais. No entanto, não é condizente com a temática deste trabalho historiar cada um das Cartas Coloniais e das leis editadas pelas Assembléias Coloniais. Serão apenas referidas as mais notórias. Para estudos detalhados, vide: SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.34-57; SUTHERLAND, Arthur E. Op. Cit., p. 141 e ss.; KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p.13-45. Para consultar cópias dos originais, consultar o site «<http://www.vale.edu/lawweb/avalon/pre18.htm>». Há cópias das leis ordinárias nos sites dos governos dos atuais estados que correspondiam às treze colônias, e.g., «<http://www.ny.gov>», bastando substituir a sigla para encontrar cada um deles.

pelos Legislativos coloniais, merecem destaque a *Lei para as liberdades do povo* e o *Corpo das liberdades de Massachusetts*, aquela em Maryland, de 1639 e esta em Massachusetts, de 1641, uma vez que trazem paráfrases do capítulo XXXIX da Magna Carta de 1215.⁷⁹ Schwartz informa que as frases usadas nos textos legais ora mencionados proporcionam “um vínculo americano entre a linguagem da Magna Carta e a cláusula do devido processo da Constituição Federal Americana”.⁸⁰ Mais tarde, Cartas redigidas em linguagem jurídica *mais evoluída*, já mais próximas da idéia de Constituição, embora sem angariar tecnicamente este *status*, mantiveram a cláusula *law of the land* em seu bojo.⁸¹ Na trilha evolutiva dos textos legais, a Assembléia de Nova Iorque conseguiu barganhar a *Carta das liberdades e privilégios*, um documento que não apenas assegurou o *law of the land*, como também a expressão *due course of law*.⁸²

Apesar destas positavações do *law of the land* e similares, a questão da substantividade destas cláusulas nesse lapso remanesce um *mistério*. Eram essas cláusulas compreendidas apenas como um corpo de garantias formais inerentes aos procedimentos judiciais, ou como protetoras de direitos materiais, garantindo sua intangibilidade contra atos governamentais – legislativos, executivos ou judiciais – de conteúdo arbitrário? As controvérsias na resposta a esta indagação são cerradas. De certa forma, as discussões incorporam os termos da contenda acerca da existência dessa versão da cláusula na primeira metade do século XVII na Inglaterra, acrescidas de outros argumentos, retirados da organização jurídica das colônias. Assim, o *law of the land* poderia ser identificado com o direito da terra, a *common law*, sendo então um aglomerado vinculante de princípios – escritos ou não – superiores às autoridades legislativas, executivas e mesmo judiciais e, portanto, capazes de controlar a validade ou mesmo a existência de seus atos, tal qual os ditames expressos das Cartas. Quanto à organização judicial das colônias, alguns autores levantam a hipótese da atuação do *Privy Council* inglês ligar-se à *doutrina* do *substantive due process of law*, pois esta *Corte* revisava os atos legislativos coloniais, tanto nos seus aspectos formais quanto materiais, verificando a adequação das *leis* coloniais com os princípios, regras e decisões do Direito inglês.⁸³

Dentre os estudiosos, alguns negam veementemente a ocorrência da versão substantiva do devido processo legal no período colonial, como é o caso de Raoul Berger.⁸⁴ Outros crêem que há poucas evidências dela, contabilizando apenas alguns indícios de sua formação, como é o caso de Christopher

⁷⁹ Cf. SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes...* Op. Cit., p.40-44.

⁸⁰ *Id.* p.40-44.

⁸¹ Trata-se das Cartas da Pennsylvania e de Nova Jersey. Cf. SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit. p. 40 e ss.

⁸² Cf. SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit. p. 40 e ss.

⁸³ Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.144.

Wolfe, que vislumbra na prática do *Privy Council* um indicador de formação da *doutrina* do devido processo legal substantivo. Mesmo associando esta prática a indícios do *substantive due process of law*, Wolfe descarta a hipótese de um sentido substantivo com tão ampla dimensão como o assumido no século XX.⁸⁵ Bernard Schwartz, por seu turno, não nega nem afirma a existência do devido processo legal substantivo, mas *divida* que se pensasse na substantividade da cláusula com as mesmas características dos séculos XIX e XX.⁸⁶ Noutro extremo, Edward Keynes assevera que há indicativos bastante fortes de sua existência.⁸⁷

O *enigma* persiste durante o processo de independência das colônias,* no qual foram redigidas declarações de direitos e constituições dos estados. Em alguns desses textos, o *law of the land* ou similares receberam guarida explícita. A afamada Declaração da Virgínia trazia em sua seção VII a expressão *law of the land*, situada logo após o detalhamento de uma série de garantias procedimentais inerentes aos órgãos *jurisdicionais*, incluído aí um julgamento célere: “*nenhum homem será privado de sua liberdade exceto pelo direito da terra ou pelo julgamento de seus pares*”.⁸⁸ Das onze constituições estaduais que foram elaboradas logo após a declaração pioneira da Virgínia, oito possuíam a cláusula *law of the land* ou similares: a) das sete elaboradas com duas partes distintas, uma que organizava poder e outra que declarava direitos, seis garantiram a cláusula;⁸⁹ b) das quatro elaboradas como documentos compactos, contendo tanto a organização do poder quanto direitos declarados, duas garantiram a

⁸⁴ Cf. BERGER, Raoul. Op. Cit., p.224 e ss.

⁸⁵ Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 74.

⁸⁶ Cf. SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes...** Op. Cit., p.116 e ss.

⁸⁷ KEYNES, Edward. Op. Cit., p.13-14.

* A data da Declaração de Independência, 4 de julho de 1776, será tomada como marco para a troca da nomenclatura *colônia* para *estado* (desde já com grafia minúscula para distinguir de Estado, este referente aos Estados-Nação). Antes dela, referir-se-á a colônias inglesas ou possessões, depois, a estados. Adota-se para isso o chamado ponto de vista interno, e não o externo, para o qual o marco seria o reconhecimento externo da Independência, ou seja, reconhecimento por outros Estados (1781) ou, ainda, pela Pátria mãe (1783).

⁸⁸ *Virginia Declaration of Rights*. 1776. Disponível em: <<http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/independe/nce/virdor.htm>>. Acessado em: 22/05/2001. “(...) *that no man be deprived of his liberty except by the law of the land or the judgement of his peers*.” [sem grifos no original].

⁸⁹ Eram as seguintes: Constituição da Pensilvânia, de Delaware, de Maryland, da Carolina do Norte, de Massachusetts e de New Hampshire. Cf. *A Declaration of Rights, and the Constitution and form of Government agreed to by Delegates of Maryland, in Free and Full Convention Assembled*. 1776. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/ma02.htm>>. Acessado em: 22/05/2001. *Constitution of North Carolina*. 1776. Disponível em: <http://www.yale.edu/law_web/avalon/states/nc07.htm>. Acessado em: 22/05/2001. *Constitution of Pennsylvania*. 1776. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/pa08.htm>>. Acessado em: 22/05/2001. *Constitution of Delaware*, 1776. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/de02.htm>> Acessado em: 22/05/2001. As Constituições de Massachusetts e de New Hampshire também contavam com a cláusula, segundo o escólio de inúmeros estudiosos. No entanto, não se conseguiu acesso direto a estes dois textos. Em anexo, nesta dissertação, encontra-se um quadro com os textos de algumas dessas Constituições.

cláusula.⁹⁰ Das Cartas coloniais que foram elevadas ao *status* de Constituição, uma continha o *law of the land*.⁹¹

Apesar deste número significativo de positivações em documentos constitucionais, os textos são incapazes de esclarecer se a versão substantiva do devido processo legal já existia. Edward Keynes anuncia que os casos estaduais decididos entre 1776 e 1791 não têm o condão de elucidar se o conteúdo substantivo da cláusula já era ofertado pelos corpos judiciais. Este autor afirma que tanto o pequeno número de casos quanto sua ambigüidade põem em dúvida o entendimento substantivo, principalmente no que toca ao controle do mérito das intrusões legislativas nos direitos de *vida, propriedade e liberdade*. Todavia, ele aduz que alguns casos sugerem que o *law of the land* era tomado como uma proteção ao direito adquirido de propriedade, utilizado para *invalidar* leis que atingissem esse direito.⁹² Lucius Polk McGehee, por seu turno, refere diversas acepções procedimentais da cláusula e menciona que ela já incluía um limite ao Poder Legislativo, ao vedar a edição de leis *ex post facto* na seara criminal.⁹³ Nessas duas últimas situações **estariam** presentes fortes indícios de existência da substantividade da cláusula, usada como limitação ao Poder Legislativo, controlando a razoabilidade do conteúdo de seus atos, impedindo-o de agredir a propriedade adquirida, de atingir pessoas determinadas ou de criminalizar condutas depois de sua realização, tutelando a *liberdade*, a *propriedade* e a *vida* contra atos legislativos desprovidos de razoabilidade. Por outro lado, Wolfe e Berger crêem que a cláusula não abarcava ainda o conteúdo substantivo, limitando-se a uma garantia de correção nos procedimentos judiciais.⁹⁴

Outro indicativo encontra-se em um documento intitulado *Northwest Ordinance*, editado para vigor nos territórios. Este documento adquire importância porque foi formulado pela mesma Convenção que elaborou a Constituição dos Estados Unidos. Este texto incluía uma passagem sobre o *law of the land*, em seu artigo II, *verbis*: “(...) *Nenhum homem será privado de sua liberdade ou propriedade a não*

⁹⁰ Eram as seguintes: Constituição de Nova Iorque e da Carolina do Sul. Ambas traziam a cláusula *law of the land*. Maria Rosynete Oliveira Lima, autora pátria, refere que na Constituição de Nova Iorque encontra-se a expressão *due process of law*. Todavia, essa referência não é verdadeira. Efetivamente, a primeira inserção da expressão *due process of law* em um documento, considerado tecnicamente Constituição, foi na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, seguindo a proposta nova-iorquina. Antes disso, pode ser vislumbrada a terminologia *due course of law* nas Cartas Coloniais, mas estas não são consideradas Constituições. Em 1787, a expressão *due process of law* apareceu em uma lei *ordinária* promulgada pela Assembleia Legislativa de Nova Iorque. Cf. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Op. Cit., p.44; SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes...** Op. Cit., p.49, 146-148; *Constitution of New York*. 1777. Disponível em: «<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/ny01.htm>». Acessado em: 22/05/2001. *Constitution of South Carolina*. 1778. Disponível em: «<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/sc02.htm>». Acessado em: 22/05/2001. Vide infra, anexo.

⁹¹ Cf. SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes...** Op. Cit., p.20 e ss.

⁹² KEYNES. Edward. Op. Cit., p.16-17.

⁹³ McGEHEE. Lucius Polk. Op. Cit., p.28.

⁹⁴ WOLFE. Christopher. Op. Cit., p.133-136; BERGER. Raoul. Op. Cit., p.225-227.

ser pelo *juizamento de seus pares ou pelo direito da terra*".⁹⁵ A primeira parte do artigo, anterior ao excerto transcrito, traz um rol de garantias procedimentais, e a segunda parte, situada após a cláusula *law of the land*, deixa entrever uma limitação substantiva aos poderes Executivo e Legislativo, no que tange à tomada da propriedade para uso público. O *law of the land* situa-se entre as garantias procedimentais e a substantiva, protegendo a *liberdade* e também a *propriedade*. É essencial chamar a atenção para o fato de o artigo, em seu final, proibir a feitura **de leis** que interfiram nos contratos firmados de boa-fé antes de sua edição, determinando que, se tais leis forem produzidas, não terão força de lei. Tanto esta parte final quanto a proteção à propriedade indicam que o *law of the land* foi inserido como parte central de um artigo que trazia tanto garantias procedimentais como limitações substantivas ao Poder Legislativo. Todavia, é apenas mais um indicio, sem força suficiente para solucionar a dúvida sobre a existência ou não de um conteúdo substantivo no *law of de land*.

Consoante mencionado supra, a Constituição dos Estados Unidos não trouxe positivados o *due process of law* ou o *law of the land* ligados a direitos individuais, como garantias à *vida*, à *liberdade* e à *propriedade*, como ocorria nos documentos ingleses e coloniais. Na Constituição, apenas uma referência ao *law of the land*, na seção que instituiu a supremacia constitucional. Todavia, interessa mencionar que a ausência de uma e de outra cláusula como garantia de direitos não foi motivada pela sua somenos importância e, sim porque a Constituição dos Estados Unidos foi aprovada sem uma Declaração de Direitos, não contando sequer com a positivação da tríade lockeana. No processo ratificatório, um dos pontos mais discutidos e que mais obstaculizou a rápida ratificação foi justamente a lacuna da Declaração de Direitos. Temiam os estados o nascimento de um governo central forte e tirânico e, por isso, sentiam necessidade de declarar os direitos considerados fundamentais. Em decorrência desse temor, as convenções estaduais responsáveis pela ratificação discutiram propostas de Emendas à Constituição contendo os direitos e garantias que julgavam imprescindíveis. Foram elaboradas oito destas propostas, das quais três continham o *law of the land* e uma delas, a de Nova Iorque, o *due process of law*.⁹⁶ Esta

⁹⁵ *The Northwest Ordinance*. 1787. Disponível em: «<http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-18007ohio/norwes.htm>» Acesso em: 22/05/2001. A fim de facilitar a conferência dos trechos anteriores e posteriores ao que insere a cláusula, optou-se por transcrever aqui a íntegra do artigo: "The inhabitants of the said territory shall always be entitled to the benefits of the Writ of habeas corpus, and of the trial by jury, of a proportionate representation of the people in the legislature, and of judicial proceedings according to the course of the common law. All persons shall be bailable, unless for capital offenses, where the proof shall be evident or the presumption great. All fines shall be moderate; and no cruel or unusual punishments shall be defined. No man shall be deprived of his liberty or property, but by the judgement of his peers or the law of the land; and should the public exigencies make it necessary, for the common preservation, to take any person's property, or to demand his particular services, full compensation shall be made for the same. And, that no law ought ever to be made, or have force in the said territory, that shall, in any manner whatever, interfere with or affect private contracts or engagements, bona fide, and without fraud, previously formed." [sem grifos no original].

⁹⁶ Para um detalhamento acerca desses textos e desses debates, vide: SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes...* Op. Cit., p.117-154. Algumas das propostas encontram-se disponíveis na internet, em um site da Universidade de Yale: «<http://www.yale.edu/lawweb/USA.htm>» Acesso em: 22/05/2001.

escolha terminológica operada pela convenção nova-iorquina guarda cabal importância para o texto adotado na Quinta Emenda à Constituição e para toda a trajetória futura do devido processo legal. Por isso, serão traçadas algumas linhas sobre ela e sobre os seus antecedentes. Veja-se, inicialmente, a redação da proposta de Nova Iorque: “*nenhuma pessoa poderá ser presa ou privada de sua liberdade, exilada ou despojada de seus privilégios, direitos, vida, liberdade ou propriedade a não ser pelo devido processo legal*”.⁹⁷

No ano anterior à produção desse texto, quando dos debates de aprovação de uma *lei ordinária*, a primeira *lei* norte-americana a conter a expressão *due process of law*, a Assembléia de Nova Iorque discutiu o significado da expressão. Alexander Hamilton, diante do Legislativo de Nova Iorque – o mesmo que formou a convenção ratificatória da Constituição dos Estados Unidos – definiu o sentido da expressão:

“Some gentlemen hold that the law of the land will include an act of legislature. But Lord Coke in his comment upon a similar clause in Magna Charta, interprets the law of the land to mean presentment and indictment... But if there were any doubt upon the constitution [ou seja, a lei de 17 de janeiro de 1787], the bill of rights enacted in this very session removes it. It is there declared that, no man shall be disfranchised or deprived of any right but by ‘due process of law’ or the judgement of his peers. The words ‘due process’ have a precise technical import, and are only applicable to the process and proceedings of the courts of justice, they can never be referred to an act of legislature”.⁹⁸

À primeira vista, Alexander Hamilton parece estar negando o aspecto substantivo do devido processo legal, relegando-lhe apenas um sentido procedimental, e este ainda restrito ao processo judicial, nunca utilizável para revisar o conteúdo dos atos oriundos do processo legislativo. Entretanto, por mais claras que possam soar suas palavras, elas não o são tanto assim. Quando comparadas a primeira e a última parte de seu pronunciamento, e tendo em conta a troca terminológica entre *law of the land* e *due process of law*, ver-se-á a ambigüidade do texto. Em vista disso, reina enorme discórdia entre eminentes autores norte-americanos sobre seu significado.

⁹⁷ *The New York Proposal*. 1787. Disponível em: «<http://www.yale.edu/lawweb/USA-newyork5.htm>». Acessado em: 22/05/2001.

⁹⁸ Citado por BERGER, Raoul. Op. Cit., p.222-223, nota n. 11. Este trecho do discurso de Hamilton pode ser também encontrado nas seguintes obras: WOLFE, Christopher. Op. Cit., 136; SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.148; KEYNES, Edward. Op. Cit., p.18: Optou-se por não traduzir este trecho no corpo do texto porque uma versão dele para o português poderia suprimir a ambigüidade do texto. Isto é, ao operar a tradução, poder-se-ia conferir um ou outro sentido ao texto, suprimindo a possibilidade de dupla leitura. “*Alguns cavalheiros sustentam que o ‘direito da terra’ incluirá um ato da legislatura. Mas Lord Coke, em seu comentário de uma cláusula similar da Magna Carta, interpreta ‘direito da terra’ como denúncia e promúncia... Mas se alguma dúvida persiste sobre a constituição, a declaração de direitos editada nesta sessão a remove. Nela está declarado que nenhum homem será despojado ou privado de qualquer direito a não ser pelo ‘devido processo legal’ ou pelo julgamento de seus pares. As palavras ‘devido processo’ têm um significado técnico preciso, e são aplicáveis apenas aos processos e procedimentos das cortes de justiça, elas não podem jamais referir-se a um ato da legislatura.*”.

Em um pólo, Raoul Berger diz que da definição de Hamilton não se pode extrair a idéia de que o Poder Judiciário pode, através do devido processo legal, atacar leis em bases substantivas ou políticas. Para esse autor, Hamilton estava sustentando que o devido processo legal diz respeito aos procedimentos judiciais, e tão-somente a eles.⁹⁹ Keynes vislumbra *nesta* passagem o mesmo significado que Berger, salientando que Hamilton negou que o devido processo legal pudesse ser alvo de uma interpretação mais extensa, ou substantiva.¹⁰⁰ Nelson compartilha a mesma opinião sobre *este* tópico, mas sustém que não se pode retirar a inexistência de uma concepção substantiva do devido processo legal nesta etapa do constitucionalismo estadunidense. Seu raciocínio é o seguinte: uma vez que Hamilton teve que afirmar, na câmara legislativa, em termos tão peremptórios que o devido processo legal não possui outro conteúdo além do procedimental, provavelmente fora ventilado nos debates a outra acepção da cláusula. Não fosse assim, Hamilton não teria necessidade de dizer que *alguns homens sustentam que o law of the land* incluirá um ato legislativo, nem de usar a terminologia e a ênfase que usou.¹⁰¹

Noutro pólo, Wolfe profere a seguinte conclusão sobre as palavras de Hamilton: “*Está claro para Hamilton que o legislativo está limitado pela cláusula: ela não pode autorizar a punição totalmente arbitrária de uma classe de pessoas (os Tories, no caso específico) sem uma condenação lícita em mãos. Deste ponto de partida pode-se dizer que a legislatura não pode abolir os procedimentos da common law.*” No entender desse estudioso, Hamilton estava ofertando um entendimento extensivo à cláusula do devido processo legal, admitindo que ela impunha limites substantivos aos poderes Executivo e Legislativo. Todavia, Wolfe não diz que o sentido substantivo, tão largo como hoje compreendido, estivesse contido neste discurso de Hamilton. A cláusula impedia ao Legislativo editar leis que punissem uma classe específica de cidadãos. A punição só poderia acontecer depois de um procedimento judicial específico, procedimento este que nem o Poder Legislativo poderia abolir, e, se o fizesse, as Cortes poderiam tomar seu ato por nenhum, uma vez que atentatório ao devido processo legal.¹⁰² Bernard Schwartz também assume que Hamilton não deu à expressão *due process of law* o conteúdo amplo que

⁹⁹ Cf. BERGER, Raoul. Op. Cit., p.222-224.

¹⁰⁰ Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p.18. Anote-se que as posições gerais de Raoul Berger e Keynes são muito diferentes no que toca à evolução histórica do substantivo *devido processo legal*. Pode-se dizer, até mesmo, que as conclusões esposadas por estes autores sobre o *substantive due process* são antagônicas. Embora suas conclusões divirjam em muitos pontos, neste, em particular, chegam ao mesmo resultado.

¹⁰¹ Cf. NELSON, William. E. Op. Cit., p.27.

¹⁰² WOLFE, Cristopher. Op. Cit., p.135-136. “*It is clear from Hamilton that the legislature is limited by the clause: it cannot authorize whole sale arbitrary punishment of a class of people (the Tories, in the particular case) without a legal determination of guilt before hand. From that stand-point it may be said that the legislature cannot abolish the common law proceedings.*”.[sem grifos no original].

ela possui atualmente. Ao interpretá-lo, Schwartz deduz que o devido processo legal assegura o direito de um indivíduo de não ser privado da *vida, propriedade ou liberdade* “*somente por um estatuto [lei]*”.¹⁰³

Esses posicionamentos, somados aos mencionados anteriormente, deixam clara a complexidade do *enigma* que paira sobre a origem do devido processo legal substantivo, bem como sobre sua existência à época de aprovação e ratificação do *Bill of Rights*. A tais elementos, adiciona-se mais um: trata-se da atuação de Madison, congressista que compilou e refinou as propostas de Emendas enviadas pelas convenções estaduais de ratificação. A expressão *due process of law* não fora usada em documentos coloniais; sua aparição foi tardia. Mais comum eram o *law of the land* e similares, como *due course of law*, ou direito desta Província, *due course of justice* ou, ainda, *ordinary course of justice*. No entanto, Madison optou por *due process of law*. E mais, sugeriu que a cláusula figurasse no Artigo 1º, seção 9ª entre as cláusulas 3ª e 4ª da Constituição norte-americana. O artigo é justamente o que trata do Poder Legislativo, e a seção 9ª é a que impõe limitações substantivas ao Congresso. Esta escolha, embora não exitosa, é bastante sugestiva da compreensão de Madison sobre a exegese substantiva do *due process of law*, sem ser conclusiva, no entanto.¹⁰⁴

São estes alguns dos fios que formam a prolixa trama da origem da versão substantiva do devido processo legal antes da ratificação do *Bill of Rights*. Conforme já afirmado, os debates de aprovação e ratificação do *Bill of Rights* não inseriram fios que completassem esta trama, não houve discussões significativas, hábeis a trazer conclusões sobre o significado que os *framers* pretendiam impingir à cláusula. Era o devido processo legal um limite aos poderes Executivo e Legislativo, autorizando o Poder Judiciário a passar em revista o conteúdo dos atos oriundos desses processos públicos de tomada de decisão, ou era tão-somente uma cláusula que garantia adequação procedimental pelas Cortes de Justiça? Um *enigma* que a redação do *Bill of Rights* é incapaz de resolver.

Os *experts* dividem-se, mas é raro encontrar quem defenda ser insofismável a existência da versão substantiva em 1791. Alguns dizem que os indícios são fortes, outros, fragmentários, e outros, ainda, que não há *pistas* do *substantive due process of law*. Desde já é salutar informar que a busca nos casos decididos pela Suprema Corte logo depois da ratificação do *Bill of Rights* é frustrante, uma vez que

¹⁰³ Cf. SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.146-148 e 164-165.

¹⁰⁴ Acresça-se que o Congresso rejeitou de plano a proposta de Madison de situar cada uma das cláusulas propostas no corpo do texto constitucional. Não foi discutida a localização isolada do *due process of law*. O Congresso fez a opção de inserir todo o corpo de Emendas em um bloco único, no final do texto, a fim de evitar delongas no processo de aprovação e, também, para não se tornar uma segunda Convenção Constitucional, pervertendo a organização de poderes forjada na Constituição. Sobre este tema, vide: SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes...* Op. Cit., p.161 e ss.; KEYNES, Edward. Op. Cit., p.19.

seu primeiro caso *decifrando* o significado das palavras *due process of law* data de 1856.¹⁰⁵ Então, durante meio século houve silêncio da Corte maior estadunidense quanto à cláusula. Deste fato alguns estudiosos retiram a inexistência da versão substantiva da cláusula, dizendo que, se a Corte silenciou durante tanto tempo, é porque a cláusula efetivamente não poderia ter um impacto tão importante no constitucionalismo norte-americano como possui hoje, graças à sua versão substantiva.¹⁰⁶ Christopher Wolfe estuda a questão, lança hipóteses e refuta algumas conclusões, mas não com definitividade. Uma síntese de seu exame torna-se premente para que se estabeleça contato com as linhas de interpretação do *due process of law* da Quinta Emenda à Constituição.

Perguntando o que é o *due process of law* da Quinta Emenda, Wolfe inicia sua investigação pelo exame dos termos que compõem a expressão, dizendo que eles levam a crer em um alcance limitado da cláusula (i.e., não-substantivo). Processo (*process*) normalmente é tomado por algum tipo de procedimento estabelecido em lei; indica que algum processo legalmente posto deve ser seguido antes que se prive alguém dos direitos de *vida, propriedade e liberdade*. A única possibilidade extra que a palavra pode sugerir é que a **lei** que estabelece o procedimento seja efetivamente uma **lei**, editada de acordo com o adequado processo legislativo. Dentro deste contexto **procedimental**, três possibilidades se abrem quando se relaciona a palavra processo com *devido*. Qual é o processo *devido*? A possibilidade mais estreita é aquela que alia *devido* com o estabelecido em **lei**. Assim, devido processo é o processo estabelecido em lei, lei esta editada em consonância com os trâmites regulares do processo legislativo. A possibilidade mais ampla de interpretação nasceria da equiparação de *devido* a *justo, próprio*, o que formaria a expressão *processo justo*, ou *processo próprio*. Esta interpretação, ao contrário da anterior, significaria uma limitação ao Poder Legislativo, tanto quanto ao Executivo e ao Judiciário, pois estes poderes não poderiam estabelecer um procedimento ou um processo que contrariasse os ditames de *justiça*, derivada, aqui, do *direito natural* e dos *direitos naturais*. Além dessas, uma possibilidade intermediária remanesce: a lei capaz de normatizar o *processo devido* seria a editada em conformidade com a *common law*, tal qual compreendida em 1789*. Aqui haveria também um limite ao Poder Legislativo, que não poderia estabelecer processos e procedimentos que abolissem o corpo *doutrinal*, principiológico e normativo da *common law*. Segundo Wolfe, este limite seria mais preciso que o de

¹⁰⁵ Sobre o tema vide: WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.134; KEYNES, Edward. Op. Cit., p.20-30; BERGER, Raoul. Op. Cit., p. 224-226; LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Op. Cit., p.70.

¹⁰⁶ BERGER, Raoul. Op. Cit., p. 224-228,273-275; WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.134-135.

* Wolfe refere-se a 1789 porque esta é a data de aprovação, no Congresso, do *Bill of Rights*. Neste momento, a Quinta Emenda já contava com sua redação final, mas não havia sido ainda ratificada. Anota-se que ela era Sexta Emenda da Proposta aprovada pelo Congresso.

direito natural, pois a *common law* é um sistema mais definido e menos controverso que o *direito natural*.¹⁰⁷

Diante disso, Wolfe conclui que “o *linguajar por si mesmo sugere, então, diversas possibilidades*”.¹⁰⁸ A seguir, parte para o exame do contexto em que se insere o *due process of law* na Quinta Emenda e esta na Constituição. Wolfe diz que uma estrutura básica do *Bill of Rights* lhe é conferida pela ordenação dos direitos e garantias que encerra. Inicialmente, direitos materiais (da Primeira até a Terceira Emenda), depois garantias procedimentais (da Quarta até a Oitava Emenda) e, então, uma regra de interpretação (Noná Emenda) e, por fim, uma regra de relação entre os poderes estaduais e o federal (Décima Emenda).¹⁰⁹ Como está na Quinta Emenda, o *due process of law* figura na segunda das cinco Emendas que possuem garantias procedimentais. Na Quinta Emenda, há quatro partes, o *due process of law* posiciona-se na terceira. As duas primeiras são procedimentais, a cláusula que acompanha o *due process of law* na terceira é procedimental. Para Wolfe, isso é uma forte sugestão de que o *due process of law* é um ‘direito’ bastante específico e não um bastante extenso. Se fosse interpretado pela acepção larga retro-mencionada, teria merecido um espaço isolado em uma Emenda, ou, pelo menos, no início ou no final das garantias procedimentais. Sua localização também não abaliza a interpretação intermediária, como um canalizador da *common law*, tornando-a *standard* hábil a limitar o Poder Legislativo. Parece mais adequada, para Wolfe, a possibilidade estreita, que diz que *processo devido* será aquele estipulado em lei, não constituindo o *direito natural* ou a *common law* padrões com força suficiente para limitar o legislador, mas apenas para guiá-lo.¹¹⁰

Edward Keynes, avaliando a mesma questão da localização do *due process of law* no *Bill of Rights*, insere dúvidas. Keynes demonstra a concepção de dois autores, um que compactua com a visão de Wolfe e outro que dela diverge, pois vislumbra a Quarta Emenda como possuidora de direitos materiais, além de procedimentais. Assim, a Quinta Emenda situar-se-ia como um divisor de águas entre os direitos substantivos e as garantias procedimentais do *Bill of Rights*. Do mesmo modo, e com base no segundo autor, Keynes diz que a proibição de desapropriação sem justa compensação é um direito material que está situado na Quinta Emenda, logo após o *due process of law*. Isto o conduziria à conclusão de que o *due process of law* está posicionado entre garantias procedimentais e direitos

¹⁰⁷ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.131-132.

¹⁰⁸ *Id.* p.132. “the wording by itself, then, suggests several possibilities.”

¹⁰⁹ Importa referir que Wolfe estuda pormenorizadamente a redação da Emenda e sua posição no *Bill of Rights*, avaliando o uso das vírgulas, dos pontos e dos pontos-e-vírgulas. Vide: WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.132-133.

¹¹⁰ *Id.* p.132-133.

substantivos, o que **poderia** significar uma compreensão de sua substantividade pelos *framers* do *Bill of Rights*.¹¹¹

Christopher Wolfe, depois de apreciar a localização do *due process of law* no *Bill of Rights*, examina o significado histórico da cláusula em 1791, a fim de desvendar a intenção dos legisladores. Refere o caráter procedimental da cláusula na Magna Carta e nos escritos de William Blackstone, mas admite que os comentadores norte-americanos *liam* o *due process of law* de modo mais amplo do que Blackstone, seguindo Sir Edward Coke. Refere que Story, um dos mais expressivos juristas norte-americanos da época, conferiu ao *due process of law* um sentido mais largo, dizendo que ele garantia julgamentos de acordo com os procedimentos da *common law*, o que confirmaria a hipótese interpretativa intermediária lançada por Wolfe. Ele, todavia, não crê que este significado intermediário tenha efetivamente sido conferido.¹¹²

Todos estes argumentos não respondem a questão da existência ou não do devido processo legal substantivo nesta época. A maior parte dos autores consultados nega que houvesse um conteúdo substantivo no *due process of law* e alguns admitem apenas os indícios. Mas é consenso que, se essa substantividade porventura existia, não era tão ampla e significativa quanto o é hodiernamente. Os argumentos deixam entrever, também, que é incerto o alcance da versão *procedimental* nesse período. Quanto ao devido processo legal substantivo, o que se pode aizer é que o ciclo de elementos que formam o *caldo de cultura* necessário ao seu desenvolvimento já estava quase completo: supremacia da Constituição, direitos materiais protegidos constitucionalmente e protegidos contra os poderes ordinários. Para que o ciclo se tornasse completo, restava apenas o advento do *controle jurisdicional de constitucionalidade*, cujo nascimento será descrito a seguir, em breves linhas.

1.2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A ERA TRADICIONAL E O SUBSTANTIVO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal substantivo é considerado, atualmente, um avanço na *doutrina* do controle jurisdicional de constitucionalidade, como cláusula constitucional que incrementa, expande e moderniza o controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos privadores dos direitos de *vida, propriedade e liberdade* oriundos dos legislativos, dos executivos e, também, do próprio órgão judicante. Incrementa e expande porque admite que os juízes optem pela inconstitucionalidade sem existência de afronta clara e literal à Constituição, escorados em elementos extraconstitucionais, permitindo que estes construam cláusulas vagas e abstratas (devido processo legal) e que reconheçam

¹¹¹ Os autores são Charles E. Miller e Robert E. Riggs, respectivamente. KEYNES, Edward. Op. Cit., p.19-20.

*direitos não enumerados** (através dos vagos e genéricos *vida, propriedade e liberdade*) na Constituição. Moderniza porque quando os juízes se afastam da abordagem literal, conseguem adaptar velhas fórmulas a novos conteúdos, *construindo* Direito e direitos e *vivificando* a Constituição.**

Por isso, muitos estudiosos usam referir o devido processo legal substantivo somente após o advento do controle jurisdicional de constitucionalidade, situado como condição *sine qua* para a *construção* da *doutrina* ora em exame. É fato que foi somente depois do fortalecimento do controle jurisdicional de constitucionalidade que a *doutrina* do devido processo legal substantivo veio à tona às claras, de forma explícita e articulada. Antes disso, apenas os elementos fragmentários já expostos, que funcionam como **indícios** de uma **possível** versão substantiva da cláusula. Em face dessa conjuntura, descrever-se-á o nascimento do controle jurisdicional de constitucionalidade em solo norte-americano, destacando as características por ele apresentadas em seus primórdios. Tal exame, além de fornecer alguns subsídios para a compreensão do enlace do devido processo legal com o controle de constitucionalidade, proporcionará elementos para o cotejo das *modificações* (incremento, expansão e modernização) introduzidas pela aplicação da *doutrina* do devido processo legal substantivo nos moldes originais do controle de constitucionalidade, passo este que será dado nos capítulos posteriores.

A noção de controle jurisdicional de constitucionalidade está umbilicalmente atrelada à de supremacia da Constituição. Para que as palavras *superiores* inscritas no texto constitucional não sejam meras palavras, meras recomendações *morais*, mas se transmudem em realidade, faz-se necessário instituir meios, técnicas de fazê-lo. O controle jurisdicional de constitucionalidade é o meio pelo qual a supremacia das palavras constitucionais é levada a efeito, sendo a inconstitucionalidade a sanção posta pelos juízes aos atos normativos, advindos do Legislativo, do Executivo ou mesmo do Judiciário, que contrariam as palavras *superiores*. Fica nas mãos do Poder Judiciário porque é a ele que cabe interpretar os textos legais e porque não é ele o responsável maior pela criação de atos normativos, isto é, retira-se das mãos do Executivo e do Legislativo, que detêm poder de iniciativa, o autocontrole.¹¹³

¹¹² WOLFE. Christopher. Op. Cit., p.133-134.

* *direitos enumerados* são os aqueles explicitamente descritos no *Bill of Rights*. *Direitos não enumerados* são os direitos implícitos no *Bill of Rights*, ou nos termos genéricos *vida, propriedade e liberdade*, reconhecidos como parte da Constituição, ou pelo Legislativo, ou pelas Cortes de Justiça.

** Vide *infra*, capítulo II, subitem 2.2.2, *in fine*. Capítulo III, item 3.2 e capítulo IV, subitem 4.2.3

¹¹³ Em consonância com o corte feito na Introdução, não se está a trabalhar com outras formas de controle. Não se nega sua existência, nem se assume que o controle jurisdicional seja superior ou mais adequado; também não se discute qual o *melhor* controle. Simplesmente parte-se da premissa controle jurisdicional de constitucionalidade. Para um exame dos modelos de controle, vide: CAPPELLETTI, Mauro. **O controle...** Op. Cit., *passim*.

Sabe-se, pois, que a supremacia da Constituição já estava presente na mentalidade jurídica das colônias, embora não consubstanciada tecnicamente, situação esta que só se sedimentou com a promulgação das constituições estaduais e da Constituição Federal. Quanto ao controle jurisdicional de constitucionalidade, não se pode dizer que já estivesse presente desde os primeiros momentos da vida colonial, tal qual não se pode afirmar que Sir Edward Coke o estivesse defendendo ao deslindar *Dr. Bonham's Case*. As Cartas Coloniais, apesar de serem consideradas *leis superiores*, um “*grande refugio*”,¹¹⁴ ao qual os colonos apegavam-se nas situações em que a Coroa ou o Parlamento ingleses intentavam restringir seus *direitos* e garantias, eram “*débeis aliadas*”,¹¹⁵ pois não previam meios de fazer valer sua supremacia contra os atos que destruíam seus textos.

Mesmo na ausência desses mecanismos de execução do texto das Cartas contra atos do poder, foi através da noção de supremacia dessas Cartas e do clamor por seus textos diante de atos de poder considerados arbitrários e delas violadores que surgiram as primeiras manifestações coloniais que se aproximaram da *doutrina* do controle jurisdicional de constitucionalidade, se é que tais manifestações já não eram enunciações deste controle. Diferentemente da Inglaterra, onde a contestação do arbítrio deu-se prioritariamente em face dos atos do Executivo, nos Estados Unidos a aversão ao uso arbitrário não se endereçou apenas contra o Executivo, mas também contra as Assembléias Representativas. Esse fato não é difícil de entender porque enquanto a Inglaterra lutava contra as tiranias reais, os colonos viam, de longe, os perigos da concentração de poderes no Executivo. Não sentiam diretamente, porém, o seu jugo. Isso porque a instabilidade interna na Inglaterra conduzia ao descaso real para com as colônias, que regulavam em larga medida as questões locais, longe dos *olhos* da Coroa. Todavia, após o *Bill of Rights* inglês, o Parlamento sobressaiu-se como autoridade máxima na Inglaterra. Como a Inglaterra estava *empobrecida* devido às contendas constitucionais do século XVII, quando a estabilidade política apontou, o Parlamento decidiu buscar nas colônias sua fonte de riquezas e recursos, aderindo à crença de que as colônias deveriam pagar pelas despesas da metrópole. Nesse ensejo, o Parlamento inglês editou uma série de medidas controladoras das colônias e constritivas dos *direitos* dos colonos, mormente a *liberdade comercial* e a *propriedade*. Foi contra esses atos **parlamentares** que os colonos se insurgiram, lançando as bases do que posteriormente viria a ser a *doutrina* do controle judicial de constitucionalidade.¹¹⁶

¹¹⁴ SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.93.

¹¹⁵ *Id.* p.93.

¹¹⁶ Sobre o tema, vide: CHURCHILL, Winston S. **A era...** Op. Cit., p.149-165; Orlando. **A lei...** Op. Cit., passim; SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes...** Op. Cit., p.59-62; 93 e ss.; KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p.45 e ss.

Os primeiros atos **parlamentares** que geraram tais manifestações dos colonos foram os *Writs of Assistance*, que alteravam o sistema de tributação e instituíam pesadas taxas nos negócios coloniais. Em um caso judicial contestando os *writs*, James Otis, baseado diretamente em Coke e em sua decisão no *Dr. Bonham's Case*, pronunciou as seguintes palavras: “Um ato contrário à **constituição** é nulo, um ato contrário à **equidade natural** é nulo, e, se um ato do Parlamento deve ser feito, nas palavras desta petição ele seria nulo... Pois a **razão** e a **constituição** são ambas contrárias a este **mandado**”.¹¹⁷ Fácil depreender que Otis também repousou seu argumento na noção de *direito natural*, derivada de Locke e dos debates constitucionais ingleses do século XVII. Edward Keynes vislumbra nas palavras de Otis um indicio de compreensão substantiva do devido processo legal, e Bernard Schwartz, citando opinião de Gray, diz que Otis contestou que o Parlamento fosse o julgador último da *justiça* e da constitucionalidade dos seus atos, sustentando que tal averiguação caberia às Cortes. No entanto, as palavras de Otis não ecoaram quando foram pronunciadas em 1761, pois a maior parte dos americanos ainda aceitava a supremacia parlamentar sem maiores contestações.¹¹⁸

Quatro anos depois, porém, as palavras de Otis foram incessantemente repetidas e os americanos levados a perceber que a utilização tirânica do poder pode também ser oriunda de um Parlamento e não apenas dos reis e dos governadores. Isso porque o Parlamento inglês seguiu com sua política interventora, colocando em vigor o *Sugar Act* e o *Stamp Act*.¹¹⁹ O último instituiu uma forma de tributação que afetava os afazeres mais cotidianos dos colonos, além de negar, àqueles que o descumprissem, o julgamento pelo júri, determinando outro procedimento, de cunho administrativo. Perturbados com a violação flagrante de suas Cartas Coloniais, com a restrição de sua liberdade e a invasão de suas propriedades, os colonos bradaram que o *Stamp Act* era um *ato de tributação sem representação* e uma ofensa direta ao *law of the land*.¹²⁰ Aqui se percebe que os colonos acreditavam ser impossível que uma lei instituisse um procedimento diferente do assegurado pelo *law of the land*; o júri não poderia ser descartado nem por ato legislativo. Assim, os colonos afastavam-se da organização política inglesa – a qual, nesta altura, já tinha o Parlamento posicionado como poder máximo –, sustentando que o *law of the land* era um limite ao Parlamento, mas, **frisa-se**, no que tange à determinação de **procedimentos**. Nesta situação pode-se

¹¹⁷ KEYNES, Edward. Op. Cit., p.14. “An act against the **constitution** is void: an act against **natural equity** is void, and if an act of Parliament should be made, in the very words of this petition it would be void... **Thus reason and the constitution are both against this writ**”. [sem grifos no original].

¹¹⁸ Cf. SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.59-61; KEYNES, EDWARD. Op. Cit., p.14.

¹¹⁹ Ato do Açúcar (ou do Melaço), de 1764 e Ato do Selo, de 1765. O primeiro era um imposto indireto cobrado sobre as importações da colônia de açúcar e outros derivados da cana. O segundo era um imposto direto, que exigia a utilização de papel com timbre real, obtido sob o pagamento de determinada quantia nos documentos legais e peças processuais das colônias, bem como a colocação do selo, também sob pagamento, em livros, jornais e até mesmo em baralhos. O *Sugar Act* não causou muito furor, pois os colonos conseguiam burlá-lo. Cf. CHURCHILL, Winston S. *A era...* Op. Cit., p.153 e ss.

suspeitar de uma confirmação da possibilidade intermediária de interpretação do *due process of law* em 1789, levantada por Wolfe.

A terminologia de Otis contra os *writs* foi disseminada e proclamada nas demais colônias. Na Virgínia, Patrick Henry discursou protestando contra o *Stamp Act*. Seus fundamentos foram retirados diretamente da obra de Coke, em uma passagem na qual o jurista inglês afirmava que “*um Ato do Parlamento contra a Magna Carta, o direito consuetudinário ou a razão era nulo*”.¹²¹ Vários discursos neste tom foram proferidos. O vice-governador de Massachusetts disse: “*O Ato do Parlamento é contrário à Magna Carta e aos direitos naturais dos ingleses e, portanto, de acordo com Lord Coke, nulo e sem efeito*”.¹²² Nota-se que foi tomado o pensamento de Coke sobre a supremacia da *common law* e, simultaneamente, a idéia de *direitos herdados* foi trocada por *direitos naturais*, formando uma mistura terminológica entre a teoria de Coke e o pensamento *jusnaturalista* do século XVIII. Os discursos em oposição ao *Stamp Act* contaminaram os juizes da colônia de Massachusetts, que se recusaram a aplicar as sanções do Ato. Os juizes da Virgínia foram mais longe: não apenas deixaram de aplicar o Ato, como declararam sua inconstitucionalidade. O pronunciamento do juiz Edmund Pendleton é um exemplo: “*tendo feito o juramento de julgar de acordo com a lei, jamais poderei considerar esta lei como tal, por carência de poder no Parlamento para aprová-la*”.¹²³

Em 1767, o Parlamento inglês, rebatendo as contestações coloniais de seu poder, editou a *Lei Townshend*, a qual instituía um imposto direto e determinava que parte da receita recolhida fosse diretamente destinada aos governadores coloniais, para pagamento de seus salários e para completar-lhes os recursos para a administração. A lei movimentou com os sentimentos dos colonos, pois retirava de suas Assembléias Legislativas a alternativa de reter os salários dos governadores e de barganhar conquistas em troca de recursos financeiros. A atitude foi de fúria. O colonato elaborou um documento expressando seu pensamento, que remontava às noções cokeanas da supremacia dos princípios imemoriais da *common law*, miscigenando-as com as premissas de *direitos naturais* de Locke. Neste documento, “*o direito dos colonos à vida, liberdade e propriedade é declarado em termos retumbantes. Ali estava a trilogia lockeana, que mais tarde seria protegida pela cláusula do devido processo da Quinta Emenda*”.¹²⁴

¹²⁰ Cf. SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes...** Op. Cit., p.63.

¹²¹ *Id.* p.63. A obra em questão é *Coke upon Littleton*.

¹²² *Id.* p.63.

¹²³ Citado por SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.64 [sem grifos no original]. O termo lei negritado poderia ter sido traduzido como direito.

¹²⁴ *Id.* p.65-66.

Essas contestações **podem** ser apontadas como as fundações da *doutrina* do controle jurisdicional de constitucionalidade. É particularmente importante frisar que as manifestações sobre *inconstitucionalidade* operavam-se sem a existência de um texto constitucional propriamente dito. Havia as Cartas, mas não era somente em sua letra e em sua supremacia que o colonato buscava âncora para atacar os atos parlamentares. Suas contestações embasavam-se nos textos das Cartas, na *common law*, com seus princípios, regras e decisões imemoriais, na *razão*, provavelmente interpretada à luz de Sir Edward Coke, no *direito natural* – conceito multifacetário e em formação – e nas premissas do *contrato social*. Então, os limites que impunham aos poderes instituídos não provinham apenas das Cartas, mas de fontes externas, de elementos *extratextuais*, que também vinculavam os Legislativos e Executivos, controlando seus atos. Embora o *law of the land* tenha sido evocado, não se pode dizer que este controle apregoadado pelos colonos era feito com base nele, que era o *law of the land* a cláusula canalizadora dos elementos *extratextuais*, tomando-os textuais nos documentos nos quais ela estivesse. Não se pode, pois, afirmar que a faceta substantiva desta cláusula estava em cena nesses momentos.

Com o esteio teórico nos primeiros passos dados na Inglaterra durante os debates constitucionais do século XVII, nas discussões coloniais sobre os atos arbitrários do Parlamento inglês, na forma de atuação do *Privy Council* inglês, bem como na noção de supremacia da constituição, as cortes dos estados recém-independentes avocaram para si a tarefa de avaliar a constitucionalidade dos atos legislativos e executivos, em face às respectivas constituições, recém-elaboradas. Isto significa que, antes mesmo da aprovação da Constituição dos Estados Unidos e, portanto, da decisão do renomado *Marbury v. Madison*, as cortes estaduais já estavam operacionalizando o controle jurisdicional de constitucionalidade nos Estados Unidos.¹²⁵ No mais afamado desses casos, *Trevett v. Weedei*, um dos julgadores proferiu

¹²⁵ Estes casos são: a) *Holmes v. Walton*, decidido em Nova Jérsei, em 1780. Schwartz, embora admitindo que alguns comentaristas hodiernos negam o caráter de precedente da *Judicial Review* deste caso, salienta que ele foi compreendido por seus contemporâneos como precedente da *Judicial Review*, tendo, inclusive, a Corte de Nova Jérsei, em 1802, disse, ao deslindar outro caso, que em *Holmes v. Walton* uma lei foi julgada inconstitucional e assim sem efeito; b) *Commonwealth v. Caton*, decidido na Virginia, em 1782. Este é considerado, unanimemente o mais antigo precedente da *Judicial Review*. A Corte da Virginia declarou que possuía poder para controlar a constitucionalidade dos atos Legislativos, mas não fez uso dele no caso; c) *Rutgers v. Waddington*, Nova Iorque, 1784. Nele, discutiu-se a validade de uma lei estadual frente a um tratado e à lei das nações. A rigor, ele não envolveu *Judicial Review*. A defesa da invalidade da lei foi feita por Alexander Hamilton. e a Corte acatou-a; d) *Trevett v. Weedei*, Rhode Island, 1786, caso que se tornou famoso e muito conhecido. O juiz Howell “declarou-se independente como juiz, que a lei penal era incompatível e inconstitucional e assim apresentou sua opinião de que o tribunal não podia acatá-la”. Nele estão literalmente repetidas as palavras de Sir Edward Coke no *opinion* do Dr. *Bonham's Case*. *Bayard v. Singleton*, Carolina do Norte, 1787. É o mais claro caso envolvendo *Judicial Review*. Nele, Justice Iredell asseverou: “Nenhum ato legislativo pode, sob qualquer hipótese, rejeitar ou alterar a Constituição, enquanto a Constituição permanecer em pleno vigor como lei fundamental da terra.” E também no *Cases of the Judge of the Court of Appeals* 35, que não era um litígio, mas uma moção, os juizes declararam a supremacia da Constituição, e negaram que o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário fosse usurpação de poder. Cf. SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.95-100; BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. Op. Cit., p.87-90. WOLFE, Cristopher. Op. Cit., p.90 e ss.

palavras similares às de Sir Edward Coke no *Dr. Bonham's Case*: “uma lei prescrevendo um julgamento sem um júri de acordo com o direito da terra foi como uma impossível de executar.”¹²⁶

Apesar da existência de casos estaduais empregando o controle jurisdicional de constitucionalidade, a aprovação da Constituição dos Estados Unidos não teve o condão de impulsionar imediatamente a *Judicial Review* de atos do Congresso pela Suprema Corte. Apesar de ter sido forjado com sustentação teórica no *jusnaturalismo do século XVIII*, na *vinculatividade de princípios derivados da common law*, nos *limites ao poder* e na *supremacia da Constituição*, o texto constitucional não colocou expressamente nas mãos do Judiciário o poder de controlar a constitucionalidade dos atos dos demais poderes. Hoje, parece natural a compreensão de que, havendo como primeira premissa a supremacia, a segunda premissa seja a sanção ao ato violativo da Constituição, sendo a sanção elemento integrativo do conceito de inconstitucionalidade. Mas, naquele momento da história constitucional norte-americana, esse não era o entendimento corrente. E o texto constitucional não respondia diretamente à questão, deixando o campo aberto a debates e interpretações divergentes. Não havia um consenso sobre o *modo* como os novos dispositivos constitucionais deveriam ser impostos. Salienta-se que esse debate não se confunde com a necessidade de imposição de limites ao poder, mas sim à forma *como as barreiras de papel* colocadas pela Constituição ao exercício arbitrário do poder tornar-se-iam eficazes.¹²⁷

Na elaboração da Constituição, uma facção denominada federalista teve clara premência. Durante um lapso, membros dessa facção escreveram textos defendendo suas posições. com a intenção de propagandear as idéias que apoiavam e com o escopo adicional de transformar seus textos em uma fonte de *autoridade* na interpretação e compreensão da Constituição. Em seus textos, encontram-se algumas premissas para responder à questão da previsão ou não da *Judicial Review* pela Constituição norte-americana. Nos opúsculos Federalistas de números 78 e 81, sobretudo, encontra-se evidenciada com grande clareza a noção de supremacia da Constituição, e, como implicação, a de que as normas produzidas pelos poderes constituídos devem guardar uma relação de adequação com os ditames constitucionais.¹²⁸

No artigo Federalista nº78, cuja lavra é atribuída a Hamilton, estão explicitados grandes argumentos da *Judicial Review*; entretanto, não há no texto defesa da *Judicial Review* em si, mas sim

¹²⁶ Citado por: BITAR, Orlando. *A lei...* Op. Cit., p.87. “a statute prescribing a trial without a jury according to the law of the land was asserted to be one impossible to be executed”

¹²⁷ SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.95 e ss.; WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.90 e ss.; BITAR, Orlando. *A lei...* Op. Cit., p.80 e ss.

uma sustentação dos poderes inerentes ao Judiciário e de sua independência. Nesse artigo lê-se que a independência do Poder Judiciário é necessária para formar uma barreira contra as pressões advindas do Legislativo, bem como para assegurar a aplicação imparcial da lei. Segundo o texto, a independência do Judiciário ocorre com duas bases: a) existência de uma Constituição limitativa. Limites impostos pela Constituição só podem ser preservados pelas Cortes de Justiça, ou seja, atos de uma autoridade delegada contrários à delegação são nulos, e, diante do silêncio da Constituição sobre o controlador, presume-se que não será o poder limitado que controlará a si mesmo, mas um outro, que interpretará o ato à luz da Constituição; b) natureza do poder judicial. Ora, interpretar leis é atividade própria e peculiar das Cortes de Justiça. Como a Constituição é a lei fundamental, é *obrigação* dos juizes interpretá-la e escorar suas decisões nela.¹²⁹

Entretanto, apesar dessa trilha argumentativa, Hamilton não traçou a *Judicial Review*, tampouco fez uma apologia dela. Disse tão-somente que um juiz deve preferir a Constituição a uma lei que a contrarie. Apesar de seus escritos propiciarem um entendimento implícito da *Judicial Review*, servem também a outra interpretação, pois não se extrai deles com clareza que os juizes têm poderes para *invalidar* uma lei, em decisão com efeitos *erga omnes* e vinculante, mas sim que eles devem optar pela Constituição, e, no caso em que o fizerem, sua resolução torna-se final, já que o Legislativo está proibido de editar leis para regradar casos particulares. Assim, pode-se depreender do artigo federalista nº78 tanto a implicitude da *Judicial Review*, como um cânone de interpretação que diz que o juiz não deve *aplicar a lei ao caso concreto* se ela afrontar a Constituição. É sintomático que Hamilton tenha afirmado que somente em casos de **clara** violação da Constituição que os juizes devem optar por ela. Quando houver uma dúvida razoável, o juiz aplicará a lei, concordando com o julgamento legislativo. Implícito está aí o princípio da *legislative deference*.¹³⁰

Então, por um ângulo, a Constituição não expressava quem seria o controlador dos limites impostos ao poder, e, por outro, os textos federalistas não defendiam peremptoriamente a *Judicial Review*. Além disso, mesmo que se compreenda que os textos federalistas defendiam implicitamente a *Judicial Review*, deve-se ter em mente que eles são apenas uma fonte de consulta; não se confundem com

¹²⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, JAY, John. **The federalist papers**. New York: New York State, s/d. n. 78 e 81. Este texto foi adquirido pela *internet*, via *download*. Por isso, são mencionados os números dos artigos e não os das páginas em que se encontram.

¹²⁹ *Id.* n. 78.

¹³⁰ Sobre este assunto, são bastante elucidativos os comentários de: WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.74 e ss.; BERGER, Raoul. Op. Cit., p.315-318. Para uma comparação, é impreterível consultar os textos da facção republicana, chamada hoje *anti-federalista*. *The anti-federalist papers*. Disponível em: <<http://www.odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/antfed.htm>>. Acessado em: 22/05/2001.

o texto constitucional, situação esta que a Suprema Corte tacitamente confirmou, ao apartar-se das *recomendações* federalistas.* Entre os americanos havia quem apregoasse que o *intérprete máximo* da Constituição era o Congresso; outros apregoavam que eram os três poderes conjuntamente e, outros, ainda, que era o Poder Judiciário. O cenário para o debate estava formado. A partir dele, dois pontos discursivos nucleares: primeiro, defesa da *Judicial Review*; segundo, negativa do instituto. Neste grupo, duas escolas concorrentes, os defensores da *supremacia legislativa* e os defensores do *controle coordenado*. Àqueles que optavam pela *Judicial Review* o problema que se fazia presente era o alcance e a medida do controle que propunham. Ao declarar uma lei inconstitucional, o juiz o faria somente para o caso concreto, ou a declaração estender-se-ia a todos os demais casos, derrubando a lei *erga omnes*? A declaração de inconstitucionalidade obrigaria os demais poderes de Estado ou não? Vejam-se, a seguir, as correntes mencionadas.

De um lado, havia quem optasse pela supremacia legislativa como a mais adequada interpretação diante do texto constitucional. Para estes, quem constrói a Constituição é o Poder Legislativo, dotado da capacidade suprema de julgar a inconstitucionalidade de seus próprios atos. Como os poderes são harmônicos entre si, há impossibilidade de um derrubar os atos dos outros. Para controlar os atos legislativos existem o bicameralismo e a opinião pública, pois o direito de resistência existe no povo, não nas Cortes de Justiça. Em sua linha de pensamento, a *Judicial Review* constituir-se-ia em uma usurpação de poder pelos juizes, a única via realmente impossível frente à Constituição.¹³¹

De outro lado, havia os defensores do *controle coordenado*, que argumentavam que não havia supremacia de nenhum poder para concretizar e interpretar a Constituição, mas que cabia a cada um, dentro da esfera de atividades que lhes eram próprias e peculiares, interpretar e concretizar a Constituição. Assim, ao editar uma lei, o Legislativo já teria feito seu exame de constitucionalidade, o Executivo poderia deixar de aplicar uma lei se a considerasse inconstitucional e até mesmo vetá-la, o Judiciário, no caso concreto, poderia mitigar a dureza de uma lei, ou deixar de aplicá-la. Para eles, aqueles que entendiam que o Judiciário poderia invalidar atos dos outros poderes estavam a defender que um poder atuasse além de sua esfera, permitindo-lhe tornar-se despótico e, ademais, alegavam que a Constituição, em momento algum, ofertava tais poderes aos juizes. Ao contra-argumento que apregoava que o *controle*

* Acrescenta-se que os próprios autores dos textos federalistas, quando confrontados com questões constitucionais concretas, por vezes atingiam conclusões antagônicas.

¹³¹ Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.90-94 e 97-101.

coordenado traria imensos problemas, pois decisões contraditórias amarrariam o governo, seus adeptos respondiam que a *prudência dos homens do governo o solucionaria*.¹³²

Desnecessário informar que vingou a corrente defensora da *Judicial Review*. A aceitação, pela Suprema Corte, desta interpretação da Constituição foi consagrada na *opinion* de *Chief Justice Marshall*, no caso *Marbury v. Madison*.¹³³ Nela, *Justice Marshall*, através da **interpretação do texto constitucional**, fazendo uso do *approach* interpretativo compartilhado à época, e com base na argumentação do texto federalista nº78, declarou inconstitucional um ato do Congresso norte-americano que definia a competência da Suprema Corte. *Justice Marshall* sustentou ser a Constituição o supremo direito da terra. Em vista disso, asseverou que é função peculiar do Poder Judiciário interpretar a Constituição e recusar-se a aplicar atos governamentais que contrariem seus princípios e suas regras, pois a concordância do Judiciário com esses atos derrubaria, na prática, toda a teoria de limitação do poder. Entretanto, *Justice Marshall* não afirmou que a declaração de inconstitucionalidade fosse dotada do condão de obrigar futuramente os demais poderes. E, por fim, acrescenta-se que na argumentação de *Justice Marshall* depreende-se com clareza que defender a *Judicial Review* não significa negar *controle coordenado coordenado*, mas somente colocar nas mãos do Judiciário a palavra final em um dado caso.¹³⁴

A *Judicial Review* iniciou, desde então, sua jornada no constitucionalismo estadunidense. *Justice Marshall* não inovou, mas traduziu o pensamento de uma grande corrente de intérpretes da Constituição. Todavia, os competidores não deixaram de existir ou de se opor a tal entendimento do texto constitucional. Por isso, a *Judicial Review* nascida nessa época ficou marcada pela autocontenção judicial, pela utilização de regras interpretativas reconhecidas amplamente e pela justificação direta e objetiva em dispositivos constitucionais, dando ensejo à *Era Tradicional* da *Judicial Review*,¹³⁵ cuja característica

¹³² *Id.* p. 94-96 e 97-101.

¹³³ *Marbury v. Madison* 05 U.S. (1803). Cit.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ Adota-se, neste trabalho, a divisão do controle de constitucionalidade em *Eras* proposta por Christopher Wolfe, que faz uma divisão em três grandes *Eras*: a) Tradicional: primeira *Era*, iniciada em 1790 e consagrada em 1803, com *Marbury v. Madison*. Perdurou até fins do século XIX. b) Transicional (ou de transição), cujo pensamento foi forjado entre 1860 e 1890, sendo esta última tomada como seu marco inicial efetivo. Nesta, os *Justices* adotaram uma concepção política e interpretaram a Constituição à sua guisa, embora negando o caráter inovador de suas atitudes. As premissas políticas que assumiram eram calcadas no constitucionalismo *laissez faire* e na exaltação da liberdade contratual. Importante aspecto característico é o *ativismo* judicial. c) A terceira é a *Moderna*, iniciada em 1937, através de uma grande guinada interpretativa ocorrida no seio da Suprema Corte. Compõe-se de dois períodos: o primeiro, entre 1937 e 1954, quando a Corte aparentemente assumiu a característica da autocontenção, voltando aos moldes tradicionais, e o segundo, quando a Corte demonstrou seu novo *ativismo*. Sua base fundamente está na admissão de que entre as funções legislativa e judiciária não existem distinções qualitativas, mas quantitativas e que a *common law* é auxiliar na interpretação do texto constitucional. Em defesa desta fundação, encontram-se moderados e extremistas, mas é difícil encontrar quem a negue completamente. Imprescindível trazer à baila que o principal fator desencadeante da divisão da *Judicial Review* nessas *Eras* é o

mais marcante era a *moderação*. Raoul Berger assevera que a moderação apresentava-se nesse período porque os *framers* eram positivistas e demonstravam um enorme apego pela segurança ofertada pelas leis escritas.¹³⁶

Com o controle de constitucionalidade, está fechado o ciclo de elementos que formam o *background* da doutrina do *substantive due process of law*. Compreendido o nascimento deste controle, convém agora realçar suas características durante da *Era Tradicional*, com o objetivo de aventar as possibilidades de encaixe da doutrina do *substantive due process of law* nos padrões de controle de constitucionalidade desta *Era*.

A *Era Tradicional* da *Judicial Review* foi marcada pela autocontenção judicial. Sua premissa elementar era a inteligibilidade do texto constitucional de per si, isto é, segundo os ditames dessa *Era*, os artigos e cláusulas constitucionais possuíam um significado e um conteúdo *verdadeiros*, reais e objetivos, que poderiam ser *descobertos* por qualquer um que os lesse. Assim, os juízes trariam à luz (descobririam) esse significado e esse conteúdo, aplicando-os, por meio de silogismos, às leis infraconstitucionais.¹³⁷ Tal modelo de *Judicial Review* possuía três limites: a) limites inerentes ao Poder Judiciário; b) o princípio da *legislative deference*; c) a doutrina das questões políticas.

Quanto ao primeiro, o Poder Judiciário não tomava a iniciativa (princípio da inércia inicial), ou seja, só agia mediante provocação e ante um caso concreto, por isso não se manifestaria sobre todo e qualquer ato governamental que pensasse ser inconstitucional, nem o faria por livre iniciativa. Ao contrário, somente apresentaria o veredito de inconstitucionalidade se fosse provocado. Assim sendo, os americanos criam que algumas questões constitucionais *jamaiz* chegariam ao âmbito de discussão tribunalesca, pois não haveria o impulso inicial necessário para provocar a manifestação jurisdicional.¹³⁸

O segundo significava que o Judiciário respeitaria as escolhas legislativas, *presumindo* constitucionais seus atos e, diante de dúvidas razoáveis acerca de sua adequação à Constituição, optaria pela constitucionalidade. Isto quer dizer que somente em casos de **clara** violação à literalidade da Constituição os juízes poderiam declarar a inconstitucionalidade. O significado *verdadeiro* e objetivo dos artigos e cláusulas constitucionais, *descoberto* pelos juízes, deveria ser comparado com os textos legais

substantivo devido processo legal. A segunda *Era* principia quando a Corte aceita a doutrina do *substantive due process of law* e passa a aplicá-la em seus julgados. A terceira *Era* principia quando a utilização da cláusula do *substantive due process* sofre uma grande alteração. Sendo assim, estas duas últimas Eras da *Judicial Review* serão alvo de constantes abordagens dos capítulos subsequentes. Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 5-7.

¹³⁶ Cf. BERGER, Raoul. Op. Cit., p. 275.

¹³⁷ Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 3-4.

inferiores. Caso alguma cláusula fosse vaga, abstrata, o poder de conformação do Poder Legislativo mereceria respeito por parte dos juízes, e estes deveriam ser deferentes à escolha legislativa, não declarando o ato normativo inconstitucional.¹³⁹

No que se refere ao terceiro, aceitava-se que alguns temas diziam respeito à Nação e não a direitos individuais. Esses temas eram formados principalmente por questões relativas à política externa, questões internacionais e poderes inteiramente discricionários, como os poderes para indicar *Justices* da Suprema Corte ou nominar para o Senado. Por sua *natureza*, tais temas ficariam fora do âmbito de competência do Poder Judiciário, que deveria declinar diante deles, deixando a decisão à mercê dos outros dois poderes. Trata-se, aqui, da complexa *doutrina das questões políticas*.¹⁴⁰

No início deste tópico, foi dito que a *doutrina* do devido processo legal substantivo expande, incrementa e moderniza o controle jurisdicional de constitucionalidade. O ponto de partida para atribuição desses adjetivos é o padrão de controle da Era Tradicional, ou seja, o devido processo legal substantivo expande, incrementa e moderniza as características tradicionais do controle jurisdicional de constitucionalidade. Por isso, é possível dizer que aquele padrão não se coaduna com o modelo tradicional de *Judicial Review*. Nesta etapa da dissertação, esta inadequação será apenas exposta, e, nos capítulos seguintes, ela será paulatinamente abordada. Dentro dos padrões da Era Tradicional, um juiz somente poderia declarar uma inconstitucionalidade em casos de visível confronto entre texto infraconstitucional e o constitucional. Havendo dúvida, haveria deferência à escolha legislativa. O devido processo legal substantivo incrementa e aprimora o controle jurisdicional de constitucionalidade porque admite a declaração de inconstitucionalidade de um ato infraconstitucional na ausência deste confronto claro e aparente, mas fundada na *construção judicial* de cláusulas vagas e abstratas, *construção* esta feita a com base em elementos extraconstitucionais. Dentro dos padrões de *Era Tradicional*, um juiz descobriria o significado e o conteúdo verdadeiros e objetivos das cláusulas e artigos da Constituição, de forma objetiva. O devido processo legal substantivo *moderniza* o controle jurisdicional de constitucionalidade porque permite que os juízes moldem velhas fórmulas com novos conteúdos, *vivificando* o texto constitucional. Ora, se permite isso, nega a idéia de que as cláusulas e artigos constitucionais possuem um significado e um conteúdo únicos, verdadeiros e reais, deixando entrever a *plasticidade* constitucional e quebrando a idéia de objetividade e mesmo de *neutralidade* judicial. Esta singela comparação é capaz de demonstrar que o devido processo legal substantivo não se encaixa nos

¹³⁸ *Id.* p.103-104.

¹³⁹ *Id.* p.104-106.

¹⁴⁰ Cf. WOLFE, Christopher. *Op. Cit.*, p.106-108; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *Op. Cit.*, p.246.

moldes da *Era Tradicional* da *Judicial Review*. Não é à toa, pois, que um dos fatores que ensejou a passagem da *Era Tradicional* para a *de Transição* seja justamente a adesão da Suprema Corte à *doutrina* do devido processo legal substantivo.

O *approach* tradicional da *Judicial Review* foi o usual entre 1803 e 1890. Não foi o único, todavia. As correntes competidoras com o controle jurisdicional de constitucionalidade não deixaram de existir *de uma hora para outra*. Alguns juizes seguiam a negar o controle jurisdicional de constitucionalidade, optando pela supremacia legislativa ou pela revisão coordenada. Uma outra corrente também disputou espaço nesse interregno. Tratava-se da *Ultra Judicial Review*,¹⁴¹ marcada por uma *tentação*. Os juizes, juristas e intérpretes da Constituição estavam habituados a invocar o *direito natural* – conceito ainda não decantado¹⁴² – o corpo de princípios, regras e decisões imemoriais da *common law* e outros elementos extraconstitucionais em suas elaborações. Dessa forma, a limitação de revisar os atos normativos somente quando claramente violadores da Constituição às vezes levava à constitucionalidade atos que entravam em choque com premissas do *direito natural*, com princípios da *common law*, e com noções derivadas do ideário contratualista, todos elementos considerados como *background* da Constituição. Tal situação induzia alguns julgadores a extrapolar os limites da *Era Tradicional* da *Judicial Review*, *caindo na tentação* de argumentar a inconstitucionalidade com sustentação em elementos extratextuais. Nos casos decididos com esta índole, encontram-se os primeiros exemplares que possuem compatibilidade com a *doutrina* do devido processo legal substantivo e o primeiro caso decidido explicitamente sob a batuta desta versão do devido processo legal.

1.2.3 CASOS ULTRA JUDICIAL REVIEW: PRIMEIRA APARIÇÃO EXPLÍCITA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW

Durante a *Era Tradicional* da *Judicial Review* houve, em alguns casos versando sobre a constitucionalidade de atos normativos, extrapolação dos limites do molde tradicional do controle de constitucionalidade. A extrapolação apresentava-se na fundamentação da inconstitucionalidade em elementos externos ao texto constitucional, e não em artigos e cláusulas específica e objetivamente

¹⁴¹ A denominação é de Wolfe, que usa o termo como o sinônimo de *Natural-Justice Review*. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.108.

¹⁴² No início do século XVIII, os americanos utilizavam largamente a expressão *direito natural*. Com ela, traduziam o pensamento dos *jusnaturalistas* do século XVIII, a *justiça natural*, a noção de *lei suprema/fundamental* não escrita e também os princípios advindos do republicanismo. Não a separavam, também, de noções divinas. Sabe-se hoje que cada um destes elementos é distinto do outro, mas nesta etapa do constitucionalismo norte-americano *direito natural* ainda era um conceito multifacetado. Por isso, apesar de serem distintos, carecem ser tratados na categoria *direito natural*, diante da temática abordada. Doravante, compreenda-se inseridos na expressão *direito natural* invocações aos princípios de um *governo livre*, do *republicanismo* (direitos políticos), do *contrato social*, da *justiça natural* e de *higher law*. William Nelson comenta em pormenores a concepção dessas categorias nesse momento da história constitucional estadunidense e em alguns momentos seguintes. Cf. NELSON, William E. Op. Cit., p.24, *passim*.

considerados. São os casos denominados *Ultra Judicial Review*. Como a motivação das decisões *vai além* dos lindes textuais da Constituição, demonstrando a possibilidade de controle de atos normativos com fulcro em elementos extrínsecos, como o *direito natural*, a *common law*, o *contrato social*, entre outros, existe um ponto de ligação entre estes casos e a *doutrina* do devido processo legal substantivo: encontra-se, dentre esses casos, o primeiro cuja decisão foi motivada no devido processo legal substantivo. Por isso, tais casos serão estudados neste item.¹⁴³

Impreterível pontuar, antes de mais, que a Quinta Emenda possuía abrangência somente quanto ao governo nacional; ela não se estendia aos governos estaduais. O controle dos atos governamentais envolvendo os direitos insculpidos no *Bill of Rights* dava-se internamente, cada estado controlava seus próprios atos frente às respectivas constituições. Isto significa que o *Bill of Rights* continha direitos oponíveis contra atos do governo nacional, ele não obrigava os estaduais. Assim, o governo nacional não interferia nas decisões das cortes estaduais quando estas julgavam a constitucionalidade de atos estaduais relacionados com os direitos do *Bill of Rights*. Estes atos eram somente controlados em face das Constituições estaduais. Como consentâneo, a Suprema Corte não reavaliava nem interferia nas decisões das cortes estaduais, respeitando, no que tange aos **direitos declarados no *Bill of Rights***, as decisões delas emanadas. Apenas quando os atos normativos estaduais violavam outros dispositivos, a Suprema Corte estaria autorizada a se manifestar, e, ainda assim, mediante provocação.¹⁴⁴ Em vista disso, para examinar a construção jurisprudencial da *doutrina* do devido processo legal substantivo antes da Guerra Civil norte-americana e da elaboração da Décima Quarta Emenda, isto é, no lapso 1790-1830, não serão suficientes apenas as decisões da Suprema Corte; algumas referências a manifestações das cortes estaduais e à atuação dos *Circuit Justices* terão de ser feitas.

Uma das primeiras manifestações judiciais entrelaçando as limitações constitucionais, a supremacia da Constituição, o *direito natural* e a *Judicial Review* deu-se no caso *Van Horn's Lessee v. Dorrance*, decidido em 1795. A decisão foi proferida pelo *Justice* Paterson, em atuação como *Circuit Justice* na Pensilvânia. Estava em questão a constitucionalidade de uma lei estadual regulatória do direito de propriedade e da desapropriação. Ao avaliá-la, o *Justice* Paterson optou por sua inconstitucionalidade perante a Constituição da Pensilvânia. Todavia, não foi apenas no texto da constituição estadual que a decisão foi fundada. Os argumentos primordiais foram o *direito natural*, o *contrato social*, os direitos

¹⁴³ Quanto a este aspecto, parece haver consenso entre autores norte-americanos, e até mesmo Raoul Berger admite tais casos, embora os intitule *usurpações de poder*. Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.108-113; KEYNES, Edward. Op. Cit., p.20-28; BERGER, Raoul. Op. Cit., p.274-279.

¹⁴⁴ Cf. SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes...** Op. Cit., p.193-195; WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.44, 49, 68, 383, 389. NELSON, William E. Op. Cit., p.2, 3, 117-119, 193.

individuais, a *teoria das limitações constitucionais* e o *bem-estar público*. O julgador asseverou que compreendia que o Parlamento inglês possuía supremacia, mas disse que, nos Estados Unidos, tanto as constituições estaduais quanto a federal impunham limites substantivos ao Poder Legislativo. Demonstrou que o poder estatal tinha poderes para intrometer-se no direito de propriedade, cerceando-o, aduzindo que a própria existência de um estado dependia disso. Mas negou que uma desapropriação pudesse ser feita sem *justa compensação*. Em seu entender, a propriedade era um direito dotado de fundamentabilidade, constituindo um dos motivos que levou os homens a aderir ao *contrato social* e a *delegar poderes* a autoridades estatais. Invocou também o *direito natural* – com fundações nitidamente lockeanas – para restringir o arbítrio estatal sobre o direito de propriedade. Implícito estava em seu arrazoado que a privação do direito de propriedade justificar-se-ia apenas diante do *bem-estar público* e, mesmo assim, mediante compensação justa.¹⁴⁵

Três anos depois, a Suprema Corte sustentou uma lei de Connecticut, cuja constitucionalidade fora argüida com base nos direitos adquiridos e na proibição de leis *ex post facto*. Era o caso *Calder v. Bull*.¹⁴⁶ Tratava-se de uma lei que interferia em direito adquirido de propriedade por contratos lícitos firmados antes de sua edição. Na fundamentação da decisão foi reconhecida a premência do Legislativo para regular a transferência de propriedade para uso público. Apesar disso, foi reconhecido que o Legislativo devia respeitar certos limites ao fazê-lo, e que cabia aos juízes deliberar sobre a adequação ou não da utilização do poder de conformação legislativo. A onipotência legislativa foi negada no voto do *Justice Chase*, que recorreu aos argumentos do *direito natural*, do *sentido* da Constituição e dos princípios gerais de direito e da *razão* para embasar sua afirmação:

“Eu não posso subscrever a onipotência de uma legislatura estadual, ou que ele seja absoluta e sem controles, ainda que sua autoridade possa não ser expressamente constricta pela Constituição nem pela lei fundamental do Estado, há certos princípios vitais no nosso governo Republicano livre, que irão determinar e derrubar um abuso aparente e flagrante do poder legislativo. O gênio, a natureza e o espírito dos nossos governos Estaduais conduzem a uma proibição de tais atos legislativos; e os princípios gerais de direito e razão os proíbem. (...)”

¹⁴⁵ É interessante chamar a atenção para o fato desta decisão ter sido proferida antes de *Marbury v. Madison*. Alguns autores consideram que as razões do *Justice Paterson* influenciaram o *Justice Marshall* não apenas em *Marbury* (supra), mas também em *Fletcher v. Peck* (infra). Necessário expor que *Justice Paterson* foi um dos *framers* da Constituição norte-americana. Cf. ELY Jr., James W. **The guardian of every other right: a constitutional history of property rights**. 2.ed. New York: Oxford, 1998, p.63 e 75-76; WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.112 e 408, nota n. 50; KEYNES, Edward. Op. Cit., p.20-21; BERGER, Raoul. Op. Cit., p.228, nota n. 87; NELSON, William E. Op. Cit., p.24.

¹⁴⁶ *Calder v. Bull* 245 U.S. 60 (1879). Disponível em: <[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=\[Group+245+U.S.+60:\]\[\[Level+Case+Citation:\]\]\[\[Group+citemenu:\]\]/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_o_nly?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=[Group+245+U.S.+60:][[Level+Case+Citation:]][[Group+citemenu:]]/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_o_nly?)>. Acessado em: 22/05/2001.

Para um povo, é contrário a toda razão e justiça afiançar uma legislatura com tais poderes... Os princípios gerais de direito e a razão proíbem tais atos."¹⁴⁷

Fica claro que *Justice Chase* estava tomando o partido da *Ultra Judicial Review*, reconhecendo a existência de princípios e direitos *não escritos* na Constituição, mas acordes com sua natureza e escopo, os quais também vinculam e limitam os poderes dos ramos governamentais. Ressalte-se que o *Justice Chase* sustentou a constitucionalidade da lei em tela, porque não encontrou nela a quebra destes princípios e direitos, pois a Constituição norte-americana explicitamente limita o conceito de leis *ex post facto* à seara criminal e a lei determinava compensação à tomada da propriedade. Mas o caráter admonitório do voto do *Justice Chase* é inegável, pois a fundamentação admite que o controle dos atos legislativos há de ser feito, mesmo quando não existir proibição expressa no texto da Constituição. Anote-se, quanto a *Calder v. Bull*, que a decisão da Corte não foi tomada sobre os mesmos fundamentos expostos pelo *Justice Chase*. Os votos foram elaborados separadamente. A *opinion* majoritária, do *Justice Iredell* também optou pela constitucionalidade. Mas, para atingir este resultado, o *Justice Iredell* seguiu os ditames da *Moderate Judicial Review*, negando, inclusive, a possibilidade de a Corte invalidar atos legislativos que tomassem por norte o *direito natural* – o qual ele alegava ser um conceito vago – declarando, ainda, sobre ele, que “os homens mais hábeis e honestos discordam sobre o tema”.¹⁴⁸ O *Justice Iredell*, adepto da *Judicial Review*, recusou-se a compactuar com a posição de Chase, desprezando a possibilidade de o Judiciário recorrer a premissas extraconstitucionais para invalidar leis.¹⁴⁹

No início do período pós-Constituição, há apenas esses dois casos, no âmbito das Cortes Federais, os quais reconhecem limitações ao Legislativo com apoio em elementos extraconstitucionais, como o *direito natural*, o *contrato social*, a *razão*, os *princípios gerais de Direito* e o *republicanismo*. A inserção desses elementos como limites ao Poder Legislativo (e também ao Executivo e ao Judiciário) não ocorria porque os juizes e os *Justices* desconheciam a Constituição nem porque não compreendiam seu texto, mas porque tais autoridades criam que a Constituição era a manifestação escrita de alguns desses

¹⁴⁷ *Id.* “I cannot subscribe the omnipotence of a State Legislature, or that it is absolute and without control; although its authority should not be expressly restrained by the Constitution, or fundamental law of the State **there are certain vital principles in our free Republican governments, which will determine and overrule an apparent and flagrant abuse of legislative power. The genius, the nature, and the spirit, of our State governments, amount to a prohibition of such acts of legislation; and the general principles of law and reason forbid them. (...) it is against all reason and justice, for a people to entrust a legislature with such powers ... The general principles of law and reason forbid such acts.**” [sem grifos no original].

¹⁴⁸ *Id.* Voto do *Justice Iredell*. “... the ablest and the purest men have differed upon the subject.”.

¹⁴⁹ Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.39, 108-109, 145 e 408, nota 50; KEYNES, Edward. Op. Cit., p.21; ELY Jr, James W. Op. Cit., p.63 e 76; McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.148-147; NELSON, William E. Op. Cit., p.24; BERGER, Raoul. Op. Cit., p.274, 302 e 330. *Calder v. Bull* 245 U.S. 60 (1879) Cit.

elementos, os quais constituíam seu *background*, e, por isso, eram incorporados por ela, pertenciam a ela como uma *parte não escrita*, mas vital.¹⁵⁰ Nas palavras de Wolfe:

“É muito importante deixar claro desde o início que a questão aqui não é a disputa entre aqueles que acreditavam nos princípios de justiça natural e aqueles que não acreditavam. Todos os primeiros americanos acreditavam nestes princípios, e muitos acreditavam que a Constituição era a corporificação dos mais importantes desses princípios. A questão era se os juízes poderiam ou não apelar a estes princípios de justiça natural, mesmo se eles não estivessem incorporados na Constituição, para declarar um ato inconstitucional”.¹⁵¹

Esta última possibilidade, a declaração de inconstitucionalidade com base em elementos extratextuais, guarda plena relação de adequação com a *doutrina* do devido processo legal substantivo. Confirmam-se mais alguns dos raros casos nos quais a *Ultra Judicial Review* foi esposada.

Em 1810, o *Justice Marshall* deslindou um caso – *Fletcher v. Peck*¹⁵² – usando como recurso argumentativo os princípios de *direito natural*. Embora o caso não esteja ligado ao devido processo legal, ganha importância pelo fato de ter sido decidido pelo *Justice Marshall*, o qual, na maioria das vezes, atinha-se à interpretação dos termos, cláusulas, princípios e regras expostos no texto constitucional, ou seja, aos padrões da *Judicial Review* tradicional. Então, era uma novidade o *Justice Marshall* sustentar uma das bases de seu voto no elemento extratextual *direito natural*. Isto, na opinião de alguns doutos, contribuiu para o impulso posterior da doutrina do devido processo legal substantivo. O caso versava sobre a constitucionalidade de uma lei da Geórgia, que desfazia uma doação feita por legislação anterior fraudulenta. Ocorreu que a nova lei lesava direitos de propriedade de terceiros de boa-fé, especificamente considerados. O *Justice Marshall* optou pela inconstitucionalidade, e sua *opinion*, a qual corresponde à da Corte, foi dividida em duas partes: a primeira versava sobre o *direito natural*, e nela Marshall sustentava que podia haver inconstitucionalidade em atos governamentais que contrariassem esse elemento extratextual. Para tanto, utilizou-se de um *background* histórico da formação da Constituição, salientando que ela foi construída com o escopo de salvaguardar os cidadãos de paixões legislativas. Entretanto, sua argumentação não foi peremptória nesta parte; era, sim, hesitante, pontuada por termos os quais denotam incerteza, porém não ambíguos. Na segunda parte, o *Justice Marshall* escorou-se na *cláusula do contrato*,

¹⁵⁰ Reserva-se a opinião de Berger, que diz que estes casos eram *usurpações de poder*, manifestações de poder cheias de *apetite por mais poder*, *aberrações*. Assim o faz porque sustentava que os *framers* eram positivistas, apegados à lei escrita e desconfiados dos princípios, regras e comandos nebulosos do *direito natural*, da *common law*, da *razão*, etc., por serem geradores de insegurança, situação da qual os americanos queriam escapar. Cf. BERGER, Raoul. Op. Cit., passim.

¹⁵¹ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.108. “It is very important to make it clear from the beginning that the question here is not a dispute between those who believed in principles of natural justice and those who did not believe in them. All early Americans believed in such principles, and many believed that the Constitution was an embodiment of the most important ones. The question was whether or not judges could appeal to those principles of natural justice even when they were not embodied in the Constitution in order to declare an act unconstitutional.” [sem grifos no original].

prevista na Constituição, e utilizando uma interpretação expansiva dessa cláusula, afirmou que a lei a feria.¹⁵³

No mesmo caso, o *Justice Johnson* proferiu *opinion* concorrente, e nela foi mais longe que *Justice Marshall*. Não invocou a *cláusula do contrato* para declarar a inconstitucionalidade da lei, buscando os fundamentos tão-somente no *direito natural*. Trouxe à baila o entendimento de que havia princípios que nem mesmo as leis da divindade seriam capazes de derrubar e disse que a Constituição, por seu inteiro teor, era possuidora de princípios de *direito natural*. Está intrínseca na sua *opinion* a incorporação de princípios de *direito natural* pela Constituição dos Estados Unidos. Há, em menor medida no voto do *Justice Marshall* e em maior no do *Justice Johnson*, uma nota de semelhança com o voto do *Justice Chase* em *Calder v. Bull*.

Até este momento, os casos *Ultra Judicial Review* apresentavam consideração da constitucionalidade dos atos normativos com escora em elementos extratextuais, destacando-se dentre eles o *direito natural* – em acepção nebulosa – os princípios gerais de Direito e os derivados do *contrato social*, da *razão*, do *republicanismo* e do *governo livre* e da *common law*. Contudo, não há nesses casos uma ligação destes elementos extratextuais e deste molde de *Judicial Review* com a cláusula do devido processo legal. Consegue-se sustentar, apenas, que essa forma de exercer o controle jurisdicional de constitucionalidade é largamente compatível com a *doutrina* do *substantive due process of law*, gerando efeitos **similares**, mas não idênticos, conforme poderá ser conferido nos capítulos seguintes. Quanto ao devido processo legal substantivo, sua compatibilidade com os casos *Ultra Judicial Review* é o máximo que pode ser dito até esse período do constitucionalismo norte-americano. É importante frisar que a cláusula *genérica due process of law* sequer havia sido discutida na Suprema Corte até esse momento. Foi somente depois da década de 1850 que o devido processo legal entrou em cena nas decisões da Suprema Corte, já, de início, com o aspecto **procedimental** expandido.

A Suprema Corte ficou por mais de cinquenta anos sem se manifestar especificamente sobre a cláusula *due process of law* da Quinta Emenda, fazendo-o apenas em 1856, por ocasião da decisão proferida no caso *Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Co.*,¹⁵⁴ no qual questionava-se uma

¹⁵² *Fletcher v. Peck*. 6 Cranch (U.S.) 87. (1810). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/script/getcase.pl?court=us&vol=300&invol=379>». Acessado em: 22/05/2001.

¹⁵³ *Fletcher v. Peck*. 6 Cranch. (U.S.) 87. (1810) Cit. NELSON, William E. Op. Cit., p.24; WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.49, 54-55, 57, 109-110, 147, 392, 408, nota 50; ELY Jr. James W. Op. Cit., p.64; McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.147 e 151.

¹⁵⁴ *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S (18 How.) 272 (1856). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/script/getcase.pl?court=us&vol=59&invol=272>». Acessado em: 22/05/2001.

lei do Congresso que permitia ao Departamento do Tesouro emitir ordens de arresto, constringindo os bens dos devedores e compelindo-os ao pagamento. Murray, atingido por uma dessas ordens, recorreu às Cortes, alegando que este procedimento de cunho administrativo feria o *due process of law*, pois ele não tinha sido ouvido pelas cortes antes da constrição de seu patrimônio. O tema em questão era relativo ao aspecto **procedimental** do devido processo legal, mas seu deslinde sugeriu uma larga medida de autoridade judicial para avaliar a constitucionalidade dos atos governamentais, apta a providenciar a base para a revisão substantiva de atos do Congresso. A argumentação aproxima-se da via ampla, descrita por Wolfe como uma das possíveis interpretações do *due process of law* da Quinta Emenda.¹⁵⁵

O *Justice* Curtis, fundamentando a decisão, por uma Corte unânime, referiu a identidade entre as expressões *law of the land* – aposta na Magna Carta, e *due process of law* – positivado na Quinta Emenda. Ao buscar o sentido da expressão, o magistrado ancorou-se na interpretação de Sir Edward Coke e questionou se a cláusula restringia ou não os poderes do Congresso ao definir procedimentos, respondendo: “*É evidente que não foi conferido poder ao Legislativo para editar qualquer processo que possa ser arquitetado. O artigo é uma restrição ao Poder Legislativo tanto quanto ao Executivo e ao Judiciário, e não pode ser construído de modo a deixar o Legislativo livre para transformar qualquer processo em devido processo legal por sua própria vontade*”.¹⁵⁶ Dizendo isso, Curtis estava apregoando que o *due process of law* era limitativo da discricionariedade legislativa e executiva, sendo aplicado não apenas para reger os processos judiciais, mas como um limite aos três ramos governamentais. Ele encontrou no devido processo legal uma potencial limitação substantiva aos Poderes Legislativo e Executivo, a ser impressa pelo Judiciário.

Embora o *Justice* Curtis tenha afirmado isto, decidiu pela constitucionalidade da lei e do procedimento administrativo em tela, por encontrar, através de uma revisão histórica, precedentes dele na lei inglesa e na prática dos Estados da América do Norte nos idos de 1790. Imperioso aludir que não foi a impossibilidade de o devido processo legal funcionar como restritor substantivo dos demais poderes de

¹⁵⁵ Cf. *Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Co.* 59 U.S. (18 How.) 272 (1856). Cit. USA. Senate Document 103-6. The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation – annotations of cases decided by the Supreme Court of the United States. Prepared by Congressional Research Service. Library of Congress. Disponível em: «<http://www.access.gpo.gov/congress/senate/constitution/amdt5.html>». Acessado em: 22/05/2001. BERGER, Raoul. Op. Cit., p.224 e 278-279, nota 12; ELY Jr. James W. Op. Cit., p.79; McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.16, 26, 233.

¹⁵⁶ *Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Co.* 59 U.S. (18 How.) 272 (1856). “*It is manifest that it was no left to the legislative power to enact any process which might be devised. The article is a restraint on the legislative as well as on the executive and judicial powers of the government, and cannot be so construed as to leave Congress free to make any process due process of law by its mere will.*”[sem grifos no original].

Estado que impediu o ataque da constitucionalidade da lei, mas sim a existência de precedentes ao procedimento administrativo posto em tela no caso.¹⁵⁷

A ulterior manifestação da Suprema Corte sobre o sentido do *due process of law*, última antes da Guerra Civil, deu-se no caso *Dred Scott v. Stanford*,¹⁵⁸ decidido em 1857, abordando a questão escravista. A escravidão era encarada pelo Congresso e pela Suprema Corte como um problema local, isto é, uma questão de competência dos governos estaduais. Apenas nos territórios poderia o Congresso Nacional decidir sobre este tema. O *Missouri Compromise Act*, de 1820, libertava os escravos de um território, em sua seção 8ª: “*em todo o Território cedido pela França aos Estados Unidos, sob o nome de Louisiana, (...) excetuando a parte dele que é incluída nos limites do estado contemplado por esta lei, a escravidão e a servidão involuntária, salvo na punição de crime pelo qual a parte tenha sido regularmente condenada, será e é, por este ato, para sempre proibida*”.¹⁵⁹ Parte deste território viria a ser incorporado pelo estado do Missouri. Como a escravidão era *um assunto local*, o território incorporado seguiria escravista, na parte pertencente ao Missouri.

Dred Scott nasceu escravo e viveu parte de sua vida no estado escravocrata do Missouri. Seu senhor, ao realizar uma longa viagem, levou-o consigo para o território de Rock Island, no estado de Illinois, onde não havia a escravidão. Aí, o escravo casou-se com uma escrava do mesmo senhor, tendo dois filhos. Quando foi levado de volta para o Missouri, *Dred Scott* alegou ter adquirido o *status* de homem livre, por dois motivos: a) fora comprado pelo seu senhor em um território, no qual, após sua aquisição, a escravidão fora abolida por lei do Congresso; b) o fato de ter residido no estado livre de Illinois concedia-lhe, também, a qualidade de liberto.

O caso chegou à Suprema Corte em 1850, e somente depois de um segundo pedido foi apreciado, sete anos depois. A Corte negou a *Dred Scott* o *status* de homem livre, e, via de consequência, negou-lhe a cidadania federal. O *Chief Justice* Taney salientou que, como *Dred Scott* era uma propriedade, poderia ser carregado pelo seu senhor de acordo com a vontade deste, sem impedimentos à livre circulação de bens. A lei do Congresso que proibia a escravidão nos territórios foi declarada inconstitucional e um dos fundamentos de tal inconstitucionalidade foi o *due process of law*, em sua faceta substantiva, pois um ato do Congresso que priva um cidadão (o senhor) de sua propriedade (*Dred Scott*) por levá-la consigo pelo território nacional não pode ser digno do nome devido processo legal.. Em suas palavras:

¹⁵⁷ Senate Document 103-6. Op. Cit.

¹⁵⁸ Cf. *Dred Scott Case*. 1857. Disponível em: <<http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1851-1875/dredscott/dred2.htm>>.
Acessado em: 22/05/2001.

¹⁵⁹ *Id.*

“Estes poderes, e outros, relacionados aos direitos pessoais, os quais não se faz necessário enumerar aqui, são, em termos expressos e positivos, negados ao Governo Geral; e os direitos à propriedade privada têm sido mantidos com o mesmo zelo. Assim, os direitos à propriedade unem-se aos direitos pessoais, e são postos no mesmo nível na Quinta Emenda à Constituição, a qual garante que ninguém será privado da vida, da liberdade e da propriedade a não ser pelo devido processo legal. E um ato do Congresso que prive um cidadão americano da sua liberdade ou propriedade, simplesmente porque ele veio ou trouxe consigo sua propriedade para um território específico dos Estados Unidos sem que tenha infringido a lei, dificilmente poderia ser digno do nome devido processo legal.

*Portanto, dificilmente será argumentado que o Congresso possa, por lei, manter um soldado numa casa em um Território sem o consentimento do proprietário da mesma, nem em tempo de paz, nem em estado de guerra, mas de uma maneira prescrita em lei. O Congresso também não pode confiscar por lei a propriedade de um cidadão em um Território, mesmo que ele tenha sido condenado por traição por um período mais longo que a sua vida; nem pode transformar uma propriedade privada em pública sem justa compensação.”*¹⁶⁰

O embasamento no devido processo legal não é mais explicado do que as palavras supra transcritas. Todavia, ao se comparar as razões do voto do *Justice Taney* em *Dred Scott* e do *Justice Chase* em *Calder v. Bull*, pode-se traçar uma grande nota de semelhança. Os fundamentos dados pelo *Justice Taney* não foram inteiramente inéditos; o arrazoado para controlar e declarar inconstitucionais atos do Congresso em bases *substantivas*, com apoio no *direito natural* já se encontrava em outros casos, conforme visto acima. O grande diferencial é que o *Justice Taney* injetou os fundamentos calcados no *direito natural* no vocábulo *due process of law*, da Quinta Emenda, no caso *Dred Scott*. E, por meio da cláusula assim interpretada, o *Justice Taney* derrubou uma lei do Congresso. Por isso, o caso *Dred Scott* é considerado marco inequívoco da construção da faceta substantiva do devido processo legal. Então, o recurso a elementos extraconstitucionais, calcados no *direito natural*, que já estavam se delineando em decisões posteriores, entraram no conceito de *due process of law*, fazendo dele o canal apto a garantir a presença explícita desses elementos no texto da Constituição.¹⁶¹

¹⁶⁰ *Id.* “These powers, and others, in relation to rights of person, which it is not necessary here to enumerate, are, in express and positive terms, denied to the General Government; and the rights of private property have been guarded with equal care. Thus the rights of property are united with the rights of person, and placed on the same ground by the fifth amendment to the Constitution, which provides that no person shall be deprived of life, liberty, and property, without *due process of law*. And an act of Congress which deprives a citizen of the United States of his liberty or property, merely because he came himself or brought his property into a particular Territory of the United States, and who had committed no offence against the laws, could hardly dignified with the name of *due process of law*. So, too, it will hardly be contended that Congress could by law quarter a soldier in a house in a Territory without the consent of the owner, in time of peace; nor in time of war, but in a manner prescribed by law. Nor could they by law forfeit the property of a citizen in a Territory who was convicted of treason, for a longer period than the life of the person convicted: nor take private property for public use without just compensation” [sem grifos no original].

¹⁶¹ Apesar de possuir importância para a construção da doutrina do *substantive due process of law*, pelo seu teor argumentativo, a decisão é tida como vergonhosa, uma página a ser apagada na história da Suprema Corte. No entanto, a posição de julgador deste caso não era nada fácil. Havia diversas temáticas em jogo, desde a escravidão – responsável por ardorosos argumentos – até a organização federativa, o modo de interpretar a Constituição, entre outras. É de bom tom lembrar que o problema escravista atormentava há algum tempo os Executivos e Legislativos, sem que estes conseguissem solucioná-lo. Somente uma guerra foi capaz de pôr fim à questão. Para maiores comentários acerca do caso e dessas questões,

No que toca às cortes estaduais, de peculiar relevância para a doutrina do devido processo legal substantivo foi o caso *Wynehamer v. People of New York*.¹⁶² Interpelava-se a constitucionalidade de uma lei estadual a qual proibia a venda de estoques de bebidas alcoólicas pré-existentes, além de determinar sua imediata destruição, por meio da alegação de que ela privava os cidadãos de sua propriedade sem observância do *due process of law*, pois a lei atuava tanto prospectiva quanto retrospectivamente e seus efeitos retroativos atingiam cidadãos específicos, somente os que tinham estoques destes tipos de bebidas. A manifestação da Corte de Nova Iorque sobre a questão tornou-se *locus* clássico do *substantive due process*, e funcionou para disseminar este entendimento da cláusula. Confirme-se o porquê:

O *Justice* George F. Comstock, em sua argumentação, chamou a Magna Carta inglesa e comparou o *due process of law* aposto na Constituição de Nova Iorque com o capítulo XXXIX do documento medieval. Interpretando-os, reputou-os idênticos, mas salientou que os direitos de *vida, propriedade e liberdade* não são absolutos, mas condicionais, existindo possibilidade de sua constrição, desde que seja observado o *due process of law*. Assim, para a tomada de uma propriedade adquirida e com título completo, deve haver compensação. Além disto, definiu o direito de propriedade protegido pelo devido processo legal em sentido amplo, isto é, incluindo aquisição, uso, gozo, fruição e disposição. O *Justice* Samuel L. Seldon admitiu a discricionariedade legislativa, mas sustentou que o judiciário tinha autoridade para impor as limitações constitucionais sobre os demais ramos governamentais. Segundo ele, o Legislativo funcionava como árbitro primário, enquanto o Judiciário atuava como árbitro secundário. Referindo-se ao *due process of law*, invocou o *direito natural* e o *contrato social* como impeditivos de uma lei destrutiva do direito de propriedade, sem ocorrência de crime ou questão de bem-estar público importante. Sopesou o interesse público e a imediata destruição dos estoques de bebidas, concluindo que não estava justificada a necessidade de destruição imediata, apesar de existência de interesse público na não-venda desse produto.¹⁶³

Até o advento da Décima Quarta Emenda (1868) são estes os casos significativos envolvendo os padrões *Ultra Judicial Review* e, também, o devido processo legal substantivo. A Décima Quarta Emenda, produzida no pós-guerra, inseriu pela segunda vez a expressão *due process of law* na

vide: BERGER, Raoul. Op. Cit., p.246; RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. João Sedas Nunes. Lisboa: Presença, 1997, p. 226, nota nº15; 227, nota nº 18; 241, notas nº38 e 39 ; ELY Jr., James W. Op. Cit., p.79-80; WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.68-70, 114, 147-148, 261, 307, 325, 351 e 404, nota 19. BITAR, Orlando. **A lei e a constituição**. Op. Cit., p.105-108; RODRIGUES, Lêda Boechat. **A corte suprema e o direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p.93-95.

¹⁶² Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p.26-27; McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p.63, 141; ELY Jr., James W. Op. Cit., p.79; BERGER, Raoul. Op. Cit., p.159-160, 277-279 e 443.

Constituição, com a mesma redação da Quinta Emenda, mas em um contexto textual diferenciado e aplicável aos estados, ou seja, a Emenda estendeu o *due process of law* aos estados, vinculando-os. A Décima Quarta Emenda, muito mais do que a Quinta, foi a mola propulsora da *doutrina* do devido processo legal substantivo. Foi a partir da letra, do contexto e da ambiência de aprovação e ratificação dessa Emenda que se fortaleceram os elementos componentes da *doutrina* do *substantive due process of law*, e que esta ganhou aceitação da Suprema Corte estadunidense. Dessa forma, é muito importante para o tema desta pesquisa o estudo do momento que antecedeu a feitura da Emenda, da sua história congressual e ratificatória, bem como o exame do que significava o *due process of law* para aqueles que confeccionaram a Emenda, e quais as possibilidades exegeticas oferecidas pela cláusula, aposta agora ao lado de novas cláusulas, diversas das garantias procedimentais que a acompanham na Quinta Emenda.

1.3 A DÉCIMA QUARTA EMENDA: INSERINDO OS ESTADOS NOS DITAMES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A história do *due process of law*, desde o *law of the land* da Magna Carta até a metade do século XIX, é povoada de incertezas e dúvidas no que toca à sua versão substantiva. Não se consegue precisar quando, como e em que circunstâncias o *due process of law* deixou de ser apenas uma garantia **procedimental** (seja estreita, seja ampla) para se tornar uma cláusula que autoriza as Cortes a **controlar a razoabilidade dos atos legislativos e executivos quando esses cerceiam direitos de vida, propriedade e liberdade**. O caso *Dred Scott* confere segurança quanto à existência do *substantive due process of law*. Todavia, foi o único exemplar que explicitou a substantividade da cláusula em cenário nacional antes da ratificação da Décima Quarta Emenda. Antes dele, o mistério remanesce. Depois dele, não *evapora no ar*. O arrazoado de *Dred Scott* poderia ser, parafrasando Berger, uma *invenção*, uma *inovação* de um *Justice*. Como também poderia ser a confirmação de uma *doutrina* constitucional que vinha há muito sendo delineada. *Dred Scott* também não soluciona o enigma da substantividade do *due process of law* porque não teve vida longa, sendo abandonado poucos anos após ser prolatado, uma vez que o fim da Guerra Civil significou o fim da escravidão, levado a cabo por Emenda constitucional, o que tornou parte da linha decisória do *Justice* Taney um pedaço obscuro do passado. Porém, dizer que os argumentos utilizados e o resultado obtido na aplicação do devido processo legal substantivo foram abandonados não significa dizer que a *razão abstrata* do devido processo legal substantivo o foi.

Este *mistério* quanto à versão substantiva do *due process of law*, que persistiu após a decisão de *Dred Scott*, não foi desvendado pela Décima Quarta Emenda, texto legal que inseriu, pela segunda vez, o

¹⁶³ Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p.26-27. Acrescente-se que o dispositivo da Constituição de Nova Iorque que previa o *due process of law* era quase igual ao da Constituição dos Estados Unidos.

due process of law na Constituição norte-americana. Nem o texto desta Emenda, nem sua história legislativa esclarecem se a cláusula *due process of law* foi ali aposta como uma garantia meramente procedimental, ou como uma garantia procedimental e substantiva. No entanto, foi principalmente com base na Décima Quarta Emenda que a *doutrina* do substantivo devido processo legal foi construída e ganhou espaço junto à Suprema Corte estadunidense.

Neste tópico, serão estudados alguns elementos que se apresentaram nos debates da Décima Quarta Emenda e que foram, mais tarde, utilizados na articulação da *doutrina* do devido processo legal substantivo. O tópico não se destina, pois, a descrever o *enigma* da *intenção original* dos *framers* quanto à substantividade da cláusula, mas sim a trazer à superfície certas questões de extrema importância para os posteriores rumos do devido processo legal substantivo, preparando o terreno para a compreensão da linha argumentativa dos primeiros casos responsáveis pelo desenvolvimento da *doutrina* na Suprema Corte, a serem estudados no segundo capítulo.

Para isso, estudar-se-á a *retórica pré-bélica*, a qual, além de corresponder ao ambiente no qual foram decididos alguns casos *Ultra Judicial Review* supra referidos, forma o *background* da Décima Quarta Emenda, fornecendo os elementos que nela foram positivados. Após, será efetuada uma rápida abordagem da história congressual da Emenda, com o objetivo colher elementos relevantes na argumentação futura do *substantive due process of law*. E, por fim, apreciar-se-á, segundo o escólio de *experts*, quais os possíveis conteúdos do *due process of law* na Décima Quarta Emenda.

1.3.1 A RETÓRICA PRÉ-BÉLICA: AMBIÊNCIA E OS ANTECEDENTES CONGRESSUAIS DA EMENDA

Nos trinta anos que antecederam a Guerra Civil dos Estados Unidos (1830-1860), o país estava envolvido em intensos debates, os quais giravam em torno de questões políticas, morais, econômicas e jurídicas. Ocupavam espaço central temáticas atinentes ao modelo econômico e à escravidão, discutidas através de três grandes princípios, o da liberdade, o da igualdade e o da autonomia local. Nas parlamentações, argumentos calcados na Constituição e, fundamentalmente, naquilo que se chamou anteriormente de elementos extraconstitucionais, como, por exemplo, o *direito natural*, a *common law*, a *higher law*, o *contrato social*, princípios de um *governo livre*, etc.¹⁶⁴ O modo especificamente conflitante como os três grandes princípios foram utilizados durante esse período recebe o rótulo de *retórica pré-bélica*. O estudo dos ideários expostos a partir desses elementos, como também o dos atos do Congresso que tentaram juridicizar alguns desses preceitos é de essencial importância para a compreensão da

¹⁶⁴ Sobre o tema vide: NELSON, William E. Op. Cit., passim; RAWLS, John. Op. Cit., p.227-245, especialmente as notas 38 a 41.

Décima Quarta Emenda, que surgiu no pós-guerra como possibilidade de *constitucionalização* de algumas facetas desta retórica e como veículo apto a garantir e a consolidar no plano jurídico as idéias defendidas pelos vencedores da Guerra, os estados nortistas.

A retórica pré-bélica assumiu nuances bastante peculiares. Apesar da realidade escravista, havia uma difusão de três grandes noções, as quais se tornaram populares: a) o princípio da igualdade; b) o princípio da liberdade; c) o princípio do auto-regramento e da autonomia locais. Todas estas três dimensões discursivas assumiram uma multilateralidade tão intensa que se tornaram amorfas. Cada facção política utilizava esses mesmos princípios com conteúdos diversos, como uma retórica que conduzia, quando aplicada, a resultados opostos. Assim, eram noções vagas, extremamente maleáveis e capazes de ofertar suporte a projetos políticos antagônicos. Entretanto, esta vagueza intensa lhes garantiu uma popularidade ímpar. Formavam apenas uma retórica, uma estampa, que, ao ser mencionada sem maiores detalhamentos, angariava adeptos e coesões. Em contrapartida, quando se tentava detalhá-los, aplicando-os a fatos concretos, inúmeras dissensões e fragmentações surgiam.¹⁶⁵

O primeiro princípio, o da igualdade, teve sua concepção muito alterada nesse período. As premissas aristotélicas de igualdade,¹⁶⁶ vigentes até então, ganharam *novas* competidoras, que, cada qual a seu modo, mostrava plausibilidade e razoabilidade. Dessa forma, sob a mesma insígnia, a igualdade escondiam-se idéias opostas: de um lado, a concepção aristoteliiana; de outro, suas combatentes, as quais, no entanto, não eram uniformes. Ao contrário, eram disformes, maleáveis nas mãos de facções distintas que as utilizavam como retórica de persuasão política, formando três linhas principais: a) a desnecessidade de *proteções artificiais* à propriedade; b) a igual proteção à propriedade; c) a abolição da escravatura.

Aqueles que defendiam a desnecessidade de proteções artificiais à propriedade assumiam a existência de desigualdades naturais entre os homens, mas negavam que a propriedade pudesse ser critério para oferta de maior participação política ou de mais expressivo gozo de direitos em uma comunidade política; ou seja, diziam que o Direito não poderia transformar a propriedade em um critério *artificial* para tornar as desigualdades entre os homens ainda mais salientes ao invés de amenizá-las.

¹⁶⁵ Cf. NELSON, William E. Op. Cit., p.3-14.

¹⁶⁶ Isto significa defender a existência de diferenças naturais entre os homens, tão intensas que justificam a dominação e escravização de uns pelos outros, do que deriva a noção de que o Estado deve ofertar mais proteção, direitos e participação política àqueles que contribuem mais para o Estado, ou seja, os maiores proprietários e mais expressivos contribuintes. Sobre o tema, vide: BEARD, Charles A. **An economic interpretation of the Constitution of the United States**. New York: The Free Press, 1965, p.189 e ss.; NELSON, William E. Op. Cit., p.13-21; BITAR, Orlando. **A lei...** Op. Cit., p.73-75; ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Brasília: UNB, 1992, especialmente o Capítulo V; ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Nova Cultural, 1999, (coleção os Pensadores), passim.

Segundo os adeptos desta corrente, dois males advinham das proteções artificiais à propriedade: elas traziam risco às liberdades dos membros da comunidade e, na seara econômica, elas conduziam à formação de monopólios e cartéis, vistos como o *demônio* na época. Importa ressaltar que este rumo de tirocinio levava à defesa da não-intervenção estatal na economia, pois a proteção artificial favoreceria o acúmulo de riquezas, os monopólios e cartéis e movimentaria com os salários, destruindo a liberdade dos trabalhadores.¹⁶⁷

Os adeptos da escravidão defendiam a segunda linha de pensar a igualdade, ou seja, chamavam pela igual proteção à propriedade. Sob sua ótica, o Estado e o Direito deveriam proteger igualmente os bens jurídicos dos cidadãos. Assim, a propriedade, nas suas mais variadas formas, deveria receber idêntica tutela. Então, a propriedade de escravos seria titular da mesma proteção destinada aos demais moldes. Nos argumentos deste grupo, dois pontos chamam a atenção. Primeiro, eles abraçavam-se à Constituição, alegando que ela tutelava a propriedade e que seus *framers* não intentaram, em momento algum, impedir a escravidão. Com esta leitura, apegavam-se à idéia de que a Constituição possui um conteúdo fixo e imutável, preso às características da época em que ela foi redigida. Segundo, apoiavam-se no ideário do *contrato social*, argüindo que os homens a ele aderiam com o fim de proteger um núcleo fundamental de direitos, do qual a propriedade faz parte. Era função do Estado, pois, protegê-la. Os escravos, enquanto pessoas, não podiam ser os destinatários de tal proteção, pois não acordaram o pacto social, somente aqueles que o fizeram, cidadãos, mereciam a tutela. Focalizavam a retórica, pois, na propriedade.¹⁶⁸

O pensamento acerca da igualdade mais influente no período foi o utilizado pelos abolicionistas. Seu carro chefe era a Declaração de Independência e uma de suas afirmações, de nítido teor *jus-naturalista*, qual seja: *todos os homens nascem livres e iguais*.¹⁶⁹ Seu foco ao empregar o princípio da igualdade eram os escravos, seres humanos dignos de igualdade perante a lei e de trato igualitário. Em seu pensar, a escravidão apenas existia porque a legislação era **parcial**, protegendo apenas uma **classe** – os brancos – sem justificação **razoável** para tal. Como a outra corrente, recorriam ao ideário do *contrato social*, retirando daí conclusões opostas, pois enfatizavam que nenhum governo civil, nascido do pacto social, poderia infringir direitos de igualdade, nem editar leis que fossem para o privilégio de uma única *casta* social, mormente quando tais privilégios fossem *imorais, injustos, incorretos e subversivos*. Dentro

¹⁶⁷ Cf. NELSON, William E. Op. Cit., 14-17.

¹⁶⁸ Perceba-se que foi exatamente esta a linha de argumentação seguida por Justice Taney em *Dred Scott*. Cf. NELSON, William E. Op. Cit., p.17-20; KEYNES, Edward. Op. Cit., 25; RODRIGUES, Lêda Boechat. Op. Cit., p.93-95.

¹⁶⁹ Cf. *The Declaration of Independence*. July, 4, 1776. Disponível em: «<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/declare.htm>». Acessado em: 22/05/2001. NELSON, William E. Op. Cit., p.18.

desses adjetivos, os abolicionistas punham não somente a instituição da escravidão como também a legislação favorecedora dos monopólios.¹⁷⁰

Todavia, nem mesmo dentro da visão da corrente abolicionista imprimia-se um teor homogêneo ao princípio da igualdade. Formavam-se três facções: a) os abolicionistas; b) os abolicionistas intermediários; c) os abolicionistas radicais. Os primeiros pensavam que as exigências do princípio da igualdade estariam satisfeitas apenas com a libertação dos escravos. O segundo grupo cria que o princípio da igualdade seria respeitado com a abolição e com o oferecimento de alguns direitos, privilégios, prerrogativas e proteções *básicas* iguais aos destinados aos brancos. A terceira posição defendia a necessidade de *total* igualização entre brancos e negros. Para esses últimos, não era bastante para preencher o conteúdo da igualdade a simples abolição ou a conferência de alguns direitos e proteções básicas. Era necessário, segundo sua abordagem, uma igualdade política – concedendo aos negros direito de votar e ser votado, uma igualdade social – dessegregação e integração entre negros e brancos – e uma igualdade econômica, traduzida pela igualdade de oportunidades.¹⁷¹

O segundo grande princípio debatido no período pré-bélico era o da liberdade. Tal qual o princípio da igualdade, era discurso administrado por grupos políticos antagônicos. Seu conteúdo era construído principalmente a partir de três bases, cada uma contando com participação de elementos extraconstitucionais: a) liberdade como produto de uma lei suprema; b) liberdade como produto de um governo livre; c) liberdade como produto dos princípios da *common law*.¹⁷² Quanto ao primeiro, tem-se que muitos americanos acreditavam na existência de uma lei suprema, fixa e imutável – situada acima de todas as leis de um governo civil, inclusive da Constituição. No entender de uns, era de origem divina; no de outros, determinada pela natureza. Sobre ela, discutia-se se sua vinculação era meramente *moral*, fornecendo um ideal de conduta política ou se emanava direitos, os quais nenhum governo civil poderia fulminar. Quanto ao segundo, tem-se que os americanos derivavam das noções de governo livre e de república uma gama variada de direitos, confundindo-os com *direitos naturais*, ou seja, extrapolavam os limites dos direitos políticos. Dessa forma, alegavam que havia direitos inerentes à índole de um governo livre, e, mesmo que esses direitos não figurassem explicitamente na Constituição, o seu desrespeito desvirtuaria o governo, fazendo-o cambiar para uma tirania ou para uma aristocracia. Quanto ao terceiro,

¹⁷⁰ NELSON, William E. Op. Cit., p.20 e ss.

¹⁷¹ *Id.* p.20 e ss.

¹⁷² Esta distinção é apontada hodiernamente por William Nelson, em consonância com conceitos hoje firmados, mas na época a elucidação dos conceitos de *lei suprema*, de direitos dos cidadãos oriundos do *governo livre* e dos princípios da *common law* não se faziam presentes. Os americanos confundiam-nos, misturavam-nos em suas argumentações, e frequentemente aliavam-nos e incorporavam-nos na noção de *direito natural*. Estes não eram conceitos elaborados nem academicamente, nem pelas Cortes de Justiça. Cf. NELSON, William E. Op. Cit., p.21 e ss.

liberdade como produto da *common law*, dizia-se que a *common law* era a base do sistema jurídico estadunidense, e, por isso, os poderes deveriam atuar em conformidade com seus princípios e regras, sob pena de nada valerem.¹⁷³

Todas estas três formas *produtoras* de liberdade possuíam duas características em comum. Por um prisma, compartilhavam a noção de alguns direitos estavam fundados em bases situadas *fora* do Direito positivado, incluída aí a Constituição, seja essa base a *lei suprema*, os princípios de *um governo livre*, a *common law*, ou, ainda, o *direito natural*. Admitiam a existência de fontes *maiores e anteriores* ao Direito positivo, as quais emanavam direitos, controlavam e limitavam o poder governamental, em qualquer de suas manifestações, demarcando searas onde este não poderia intervir ou só poderia fazê-lo quando o interesse público assim o justificasse. Por outro prisma, valeu para as três a frase do Justice Iredell, quando este disse que o *direito natural* gerava divergências mesmo entre os homens mais habilitados e corretos. Isto é, cada uma dessas linhas serviu tanto para abolicionistas como para escravistas, tanto para latifundiários como para capitalistas, tanto para sulistas como para nortistas. Aquilo que uns diziam que uma dessas noções recomendava, outros diziam que a mesma noção negava; os direitos que uns derivavam de uma dessas noções, outros negavam-nos, com escora na mesma noção. A identidade fluída desses princípios fez deles armas úteis ao discurso de todas as facções.¹⁷⁴

O terceiro grande princípio da retórica pré-bélica era o auto-regramento e a autonomia locais, manifestado através do federalismo. Ele está umbilicalmente atrelado à liberdade, pois sua concepção fundava-se na idéia de que a autonomia das localidades conferia-lhes maior liberdade e maiores garantias contra um poder central tirânico. Havia um acordo entre os mais diversos grupos e facções políticas em torno desse princípio. Acreditavam na centralidade dos governos estaduais como um baluarte da liberdade. A oposição a um poder central que impusesse uniformidade era geral, havendo intenso temor de uma opressão da minoria dos estados pela maioria deles. Apesar de mais claro e preciso que os demais, o princípio da autonomia e do auto-regramento locais foi também usado por facções antagônicas,

¹⁷³ *Id.* p.24 e ss.

¹⁷⁴ Ilustra-se: os abolicionistas, ao chamarem pelos princípios de um governo livre, alegavam que o Legislativo, numa república, não pode fazer de ninguém rei, da mesma forma que não pode fazer de ninguém um escravo. Se se permitir que o Legislativo tome decisões como estas, o limite entre governo livre e despótico terá sido ultrapassado. Já os escravocratas diziam que em um governo livre o Poder Legislativo é limitado e não pode, sobremaneira, invadir a esfera dos direitos adquiridos. Não pode, pois, o Legislativo, abolir a escravidão. Se o fizer, afrontará o governo livre e tornar-se-á tirânico. Cf. NELSON, William E. *Op. Cit.*, p.25-26.

na maioria das vezes como retórica da facção minoritária, caso dos abolicionistas antes da Guerra e dos escravocratas depois.¹⁷⁵

Todos estes blocos de pensamento, e suas facções, hasteavam as bandeiras dos princípios da igualdade, da liberdade e da autonomia local. Mas a eles eram impressos conteúdos absolutamente diferentes e ensejadores de conseqüências conflitantes. Dada sua indeterminação, apenas por raríssimas oportunidades foram utilizados fora dos palcos legislativo e eleitoral, atingindo as Cortes de Justiça. Porém, foram muito difundidos no senso comum e no discurso de convencimento político. Seu uso não garantia a concretização de resultados determinados, pois nenhum deles era dotado de uma conceituação específica e minuciosa, nem sequer explicitados prática e detalhadamente. Não passavam, neste período, de uma retórica de persuasão política, simbólica, aplicada para *converter* o povo a certas concepções morais e políticas.¹⁷⁶

A existência de pensamentos tão díspares, somada aos intensos debates entre grupos políticos divergentes, foi um dos fatores que desencadeou a Guerra Civil norte-americana. Este conflito doméstico encerrou-se com a rendição dos estados sulistas e a ampla vitória nortista. Teve início a Era da Reconstrução, na qual os estados vencedores, cujo ideário era representado pelo Partido Republicano, dominaram o palco de representação política, pois os estados sediciosos foram afastados da representação política no primeiro Congresso (39º) reunido no pós-guerra. Os membros do 39º Congresso tinham árduas tarefas à sua frente: a) consolidar a vitória nortista; b) aproveitar a oportunidade para *constitucionalizar* sua retórica política, vinculando legisladores futuros; c) reorganizar o país política e economicamente; d) debater a participação dos negros na vida política.¹⁷⁷ O primeiro passo foi a elaboração, aprovação e ratificação da Décima Terceira Emenda à Constituição, texto que suprimiu a

¹⁷⁵ A nacionalização dos Estados Unidos não se produziu de um momento para o outro. A noção de que a *local self rule* é essencial para a manutenção da liberdade permaneceu como um padrão bastante aceito. Desde a constitucionalização até o período ora em estudo, os estados eram os guardiães dos direitos dos cidadãos, não cabendo à Suprema Corte passar em revista as decisões das Cortes estaduais neste assunto, nem ao Congresso criar direitos ou determinar procedimentos para os estados. A união funcionava estritamente no que dizia respeito à sua existência enquanto tal, na proteção dos direitos derivados da existência de uma União e nas questões interestaduais e internacionais. Durante os primeiros setenta anos da experiência federativa norte-americana, vários estados recusaram-se abertamente a cumprir leis do Congresso ou decisões da Suprema Corte, chegando até mesmo a declará-los nulos e sem validade em suas jurisdições. Se não faziam isto, criavam meios de burlar as leis congressuais e as decisões da Corte. Era muito difundida a noção de que não era a Suprema Corte que deveria revisar a constitucionalidade dos atos do Congresso a fim de proteger os estados contra usurpações de poder por parte do governo nacional. Muitos pensavam que cada estado deveria realizar este controle internamente, cada qual decidindo dentro de suas fronteiras sobre a validade ou não de atos do Congresso. Esta conjuntura era facilitada pelo déficit militar do governo nacional. O exército nacional era bastante frágil e dependente dos estados, o que facilitava a negativa de alguns estados em cumprir determinações do governo central. Como consentâneo lógico, o poder de polícia dos estados era enorme e submetido apenas a frágeis controles no que dissesse respeito às questões domésticas. Cf. NELSON, William. Op. Cit., 27-38.

¹⁷⁶ NELSON, William E. Op. Cit., 38.

¹⁷⁷ Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., Capítulos 2 e 3, p. 31-75; WOLFE, Christopher. Op. Cit., Capítulo V, p. 121-143; NELSON, William E. Op. Cit., p. 40 e ss.

escravidão e a servidão involuntária em todo o território dos Estados Unidos, ressalvando, quanto à última, a possibilidade de ser cominada como pena pelas legislaturas estaduais. Além disso, a Emenda concedeu poderes ao Congresso para reforçar seus ditames, possibilitando-lhe legislar para corrigir violações dos governos estaduais à sua letra.¹⁷⁸

Todavia, a Décima Terceira Emenda não solucionou os problemas do pós-guerra. Logo que ela passou a vigor, uma grande questão veio à baila: a Emenda apenas proibia a escravidão e a servidão involuntária, dando poderes ao Congresso tão-somente para corrigir atos governamentais estaduais que as permitissem, ou ela era mais ampla, proibindo discriminações e denegações de direitos aos libertos, dando poderes ao Congresso para corrigir atos governamentais que condicionassem demasiadamente os direitos dos negros? Esta dúvida assolou tanto o Congresso quanto as Corte de Justiça.

Aproveitando a dúvida, muitos governos estaduais, mormente sulistas, extraíram da Décima Terceira Emenda a mais restrita interpretação possível, afirmando que ela apenas abolia a escravidão, sem conceder cidadania ou igualdade perante a lei aos negros, do que nasceram situações jurídicas e políticas peculiares, as quais deram azo ao conhecido fenômeno dos *Black Codes*. Isto é, como essa interpretação da Emenda mantinha intacto o poder de polícia¹⁷⁹ dos estados, seguiam eles e tão-somente eles como legisladores e guardiões dos direitos individuais, muitos estados legislaram restringindo significativamente os direitos de *vida, propriedade e liberdade* dos negros e *unionistas* que viviam no sul.* Foram elaborados códigos civis e penais específicos para os negros, bem mais severos e restritivos que os demais. Os direitos políticos também eram negados, prioritariamente os direitos de votar e ser votado, de ocupar cargos públicos, de ingressar em juízo como autores (direito de ação e acesso à justiça) e de fazer parte de júris. Para agravar a situação, muitos particulares e movimentos de conspiração atacavam negros, agredindo-os fisicamente e destruindo suas propriedades, muitas vezes com a complacência – através da omissão – das autoridades locais. Neste aspecto, não eram apenas os africanos

¹⁷⁸ *The Constitution of the United States of America. The Bill of Rights. 13th Amendment.*

O conceito de poder de polícia é tratado de modo diferente no Brasil e nos EUA. No Brasil, restringe-se a um conceito do Direito Administrativo, representando o poder da Administração Pública de cercear e regular alguns direitos em prol da saúde, higiene, *moral* e bem estar da coletividade. Nas palavras de Ely Lopes Meirelles: “*Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.*” Nos EUA, o conceito é mais abrangente e refere-se à toda a *massa* normativa capaz de cercear direitos individuais em prol do bem-estar da coletividade, ou seja, poder de polícia refere-se tanto a atos legislativos como executivos. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22^a ed. Malheiros, São Paulo, 1997, p. 115.

* Principalmente no que toca às liberdades de firmar contratos, de exercer uma profissão, de adquirir propriedade, de ir e vir e ao uso, gozo, fruição e disposição de propriedade.

e afro-americanos o alvo, muitos *unionistas* eram discriminados e tinham sua liberdade profissional largamente obstada por atos governamentais.¹⁸⁰

Confrontado com este fenômeno, o 39º Congresso foi compelido a pôr em debate os remédios básicos para estas táticas de dominação dos negros e *unionistas* habitantes do sul. Para solucionar a questão, o Congresso teria de legislar sobre direitos individuais, tarefa que, antes da Guerra Civil, constitucionalmente ficava nas mãos dos estados. Pairava a dúvida sobre a extensão dos poderes ofertados pela Décima Terceira Emenda ao Congresso para corrigir a atuação dos estados quanto a direitos individuais bem como para suprir a inação na proteção desses direitos. Fortalecendo a dúvida, havia uma decisão proferida pelo *Justice Marshall* antes da Guerra Civil, no caso *Barron v. Mayor of Baltimore*, na qual fora sacralizado o entendimento de que o *Bill of Rights* não se aplicava aos governos estaduais, mas apenas ao governo nacional. Se levada a efeito essa compreensão – plenamente acorde com a intenção dos *framers* e com a letra do *Bill of Rights*, o governo nacional ficaria com as *mãos amarradas*, não restando meios de o Congresso legislar para compelir os estados a concretizar o *Bill of Rights*, nem sequer pela autorização da Décima Terceira Emenda. A não-intromissão do governo nacional para concretizar os direitos do *Bill of Rights* trazia a lume os perniciosos efeitos do intenso poder de polícia dos estados.¹⁸¹

Em atenção ao fenômeno dos *Black Codes*, muitos congressistas tentaram estender a interpretação da Décima Terceira Emenda, alegando que ela ofertava poderes ao Congresso para remediar esses desvios. Sua interpretação era baseada no argumento de que o cerceamento das liberdades de ir e vir, de escolher uma profissão, de firmar contratos e de adquirir propriedade reduzia os negros à situação análoga à da servidão involuntária, proibida pela Emenda. Alguns congressistas iam mais além, dizendo que a negação de direitos políticos e de acesso à justiça manteria os afro-americanos em perpétua servidão. Nesta esteira, foram apresentados projetos de lei no Congresso. Dois deles são especialmente relevantes para a compreensão da Décima Quarta Emenda: o *Freedman's Bureau Bill* e o *Civil Rights Act*, ambos de 1866. Eles não são apenas antecedentes legislativos da Décima Quarta Emenda; são, também, um tanto responsáveis por sua propositura. Como não se sabia se o Congresso tinha ou não poderes para legislar sobre direitos individuais obrigando os estados, a constitucionalidade dos atos foi muito debatida. A propositura de uma nova Emenda foi vista como o meio de *constitucionalizar* esses

¹⁸⁰ KEYNES, Edward. Op. Cit., Capítulos 2 e 3, p. 31-75; WOLFE, Christopher. Op.Cit., Capítulo V, p. 121-143; NELSON, William E. Op.Cit., p.40 e ss; KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., Capítulos 16; 17 e 18, p. 299-372; SUTHERLAND, Arthur E. Op. Cit.; Capítulos 14 e 15, p.469-567.

¹⁸¹ Cf. SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p.193-194; NELSON, William E. Op. Cit., passim.

atos. Além disso, eles são capazes de oferecer *pistas* sobre as intenções do Congresso que elaborou a Décima Quarta Emenda¹⁸².

Os dois atos congressuais retro-mencionados possuíam uma característica em comum: ambos foram criados com a função de ofertar tutela do governo nacional a alguns direitos civis nos estados e de remediar o fenômeno dos *Black Codes*. De modo geral, resguardavam o mesmo núcleo de direitos, expressos pela tríade *vida, propriedade e liberdade*. Importante mencionar que esses atos não tutelavam direitos políticos.¹⁸³ Todavia, existia entre os dois uma diferença crucial. Enquanto o *Freedman's Bureau Bill* autorizava o Presidente a empregar a força militar na defesa dos direitos civis nele apostos, o *Civil Rights Act* entregava a tarefa de zelar pela concretização desses direitos às Cortes Federais, distritais e de circuito. O Congresso demonstrou sua desconfiança nos Legislativos, Executivos e nas cortes estaduais, mas depositou-as nas Cortes federais, distritais e de circuito, abrindo suas portas para controlar atos normativos estaduais constringindo direitos civis. Esse poder das Cortes era correicional (repressivo), ou seja, somente depois de uma violação, produto de ação estatal, elas poderiam agir (sempre respeitando a inércia inicial, claro). A entrega do poder às Cortes nacionais afetava bem menos a estrutura federativa norte-americana do que sua oferta ao presidente.

Nos debates desses atos, havia alguns pontos em comum. Nos dois, o centro da discussão foi a existência ou ausência de poderes no Congresso para editá-los. Os oponentes dos atos afirmavam que o Congresso não tinha poderes para tal, pois a nacionalização da tutela dos direitos civis, seja qual fosse sua forma de efetivação, afetava a estrutura federativa e afrontava os ditames da Décima Emenda.¹⁸⁴ Entre os proponentes, havia consenso sobre a necessidade e sobre a grandeza dos objetivos dos atos, mas havia discórdia quanto à existência de poderes no Congresso para editá-los. Apresentavam-se três posicionamentos: a) afirmação da clara constitucionalidade dos atos. Esta corrente fundava-se na noção de que os direitos em questão eram anteriores ao governo civil e possuíam bases fora do Direito positivo, ou seja, nos elementos extraconstitucionais; b) afirmação da constitucionalidade dos atos, pela força do próprio texto constitucional. Segundo os adeptos desta linha, a Décima Terceira e a Quinta Emendas ofereciam os poderes ao Congresso. Ao invocarem a Quinta Emenda, canalizavam-na para o cenário estadual, ignorando a decisão do *Justice Marshall* em *Barron v. Mayor of Baltimore*; c) afirmação da

¹⁸² Sobre estes Atos, vide: KEYNES, Edward. Op. Cit. p.32 e ss. KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit. 338-339.

¹⁸³ Estavam elencadas a necessidade de igualdade de *benefícios* do direito penal e civil a brancos e negros bem como garantias específicas aos direitos de *propriedade e liberdade*, o primeiro manifestado através da aquisição, uso, gozo, fruição e disposição, e o segundo, através da livre locomoção e da não-restrição à liberdade contratual (incluindo contratos trabalhistas). Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p.75 e ss.

inconstitucionalidade dos atos. Esse grupo aderiu aos objetivos dos atos e à sua necessidade, mas pensava ser impreterível uma alteração na Constituição, caso contrário, ela estaria sendo afrontada.¹⁸⁵

Outro ponto comum nos debates dos dois atos foi a dificuldade encontrada pelos congressistas para definir o rol específico de direitos contidos na tríade *vida, propriedade e liberdade*, bem como para mostrar qual sua fundação. Veja-se o que diziam os congressistas quanto aos direitos específicos compreendidos pela tríade *genérica, vida, propriedade e liberdade*, e quando fundamentavam tais especificações: a) fundavam-nos no *Bill of Rights*, identificando os direitos nele elencados com os encampados pela tríade. Assim, alegavam que os atos não *criariam* direitos a serem respeitados pelos estados, apenas reforçariam a tutela do *Bill of Rights* no cenário estadual. Entretanto, quando diziam isso, erravam. O *Bill of Rights* não se aplicava aos estados. Se os direitos garantidos pelos atos fossem os do *Bill of Rights*, poderia haver criação de direitos, pois muitos estados não protegiam alguns deles. Além disso, ignoravam a decisão do Justice Marshall em *Barron v. Mayor of Baltimore*; b) fundavam-nos na cláusula *privilégios e imunidades*, presente no artigo 4º seção 2, da Constituição. Utilizavam-se não da interpretação sedimentada e corrente dessa cláusula, mas de uma enunciação isolada e extensiva, interpretada de modo equívoco. Esta enunciação encontrava-se no caso *Corfield v. Coryell*, *verbis*:

*“O que são estes princípios fundamentais, seria mais tedioso do que difícil de enumerar. Eles devem estar compreendidos nas seguintes diretrizes gerais: proteção pelo governo; gozo da vida e da liberdade, com direito de adquirir e de possuir propriedade de todo gênero, e de perseguir e de obter felicidade e segurança; sujeitos, todavia, àquelas restrições que um governo pode justamente prescrever para o bem estar de todos. O direito de um cidadão de locomover-se ou de residir em qualquer outro estado, para propósitos comerciais, agrícolas, profissionais ou outros; de impetrar habeas corpus, de acionar as cortes estaduais, de usar, dispor e assegurar a propriedade tanto pessoal como real; e isenção de taxas ou tributos mais elevados do que os pagos pelos outros cidadãos do estado, podem ser mencionados como alguns dos privilégios e imunidades do cidadão, que são claramente abarcados pela descrição geral dos privilégios e imunidades considerados fundamentais; aos quais devem ser acrescidos os direitos de votar e ser votado como regulado e estabelecido pelas leis ou pela Constituição do estado no qual o direito será exercido. Estes, e muitos outros que podem ser mencionados, são, estritamente falando, privilégios e imunidades, e seu gozo pelos cidadãos de cada estado em todos os outros estados foram manifestamente calculados (para usar as expressões do preâmbulo da provisão correspondente nos antigos artigos da confederação) ‘os mais adequados a assegurar a amizade mútua e o intercuro entre os povos dos diferentes estados da União.’”*¹⁸⁶

¹⁸⁴ Esta Emenda distingue entre os poderes reservados dos estados e os delegados ao governo nacional. Cf. *The Constitution of The United States. The Bill of Rights. 10th Amendment*. Op. Cit.

¹⁸⁵ Cf. William Nelson. NELSON, William E. Op. Cit., passim; KEYNES, Edward. Op. Cit. p. 31 e ss.

¹⁸⁶ *Apud* WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.127-128. Registre-se que o caso *Corfield v. Coryell* era um *circuit case*, e não versava sobre a escravidão. “What these fundamental principles are, it would be more tedious than difficult to enumerate. They may be comprehended under the following general heads: Protection by the government; the enjoyment of life and liberty, with the right to acquire and possess property of every kind, and to pursue and obtain happiness and safety: subject nevertheless to such restraints as government may justly prescribe for the general good of the whole. The right of a citizen to

Essa concepção larga da cláusula privilégios e imunidades não era a corrente nas Cortes de Justiça. A usual era muitíssimo mais restrita, referindo-se apenas aos direitos surgidos de uma União enquanto tal. c) Fundava-nos nos elementos extraconstitucionais, *direito natural*, *higher law* e *contrato social*, mas nem sempre os que chamavam esses elementos chegavam ao mesmo rol de direitos; a partir dos mesmos elementos ofereciam várias respostas, mas, importa frisar, que uns inseriam direitos políticos e outros os excluía. Como se vê, não havia consenso sobre quais direitos específicos estavam incluídos na tríade *vida, propriedade e liberdade*.¹⁸⁷ Esta indefinição e cada uma das correntes, com suas bases de fundação são muito importantes para o futuro da *doutrina* do devido processo legal substantivo, pois a cláusula, como já sabido, convizinha com os termos *vida, propriedade e liberdade*, proibindo sua privação, a não ser que se observasse o *due process of law*.

Tanto o *Freedman's Bureau Bill* quanto o *Civil Rights Act* foram vetados pelo presidente. Porém, o Senado conseguiu, nos dois casos, derrubar o veto. No primeiro, a derrubada foi fácil e rápida, fatos que não se reproduziram no segundo. Os dois vetos e sua derrubada deixaram claro a ruptura entre o Congresso e a Presidência quanto aos rumos políticos da Reconstrução. A partir dessa quebra, fortaleceu-se no Congresso a necessidade de elaboração de uma emenda que *constitucionalizasse* o *Civil Rights Act*, que vencesse a decisão do Justice Marshall em *Barron v. Mayor of Baltimore* e que fosse apta a facilitar a conclusão das tarefas a serem empreendidas pelo Congresso. Carecendo decidir sobre a restauração do sul na União e sobre a nacionalização da tutela aos direitos civis, o Congresso vislumbrou uma Emenda constitucional como oportuna solução, pois evitaria maiores choques nas atuações futuras do Congresso e também vincularia os legislativos futuros.¹⁸⁸ Estava aberta a trilha que levaria à Décima Quarta Emenda.

1.3.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA DÉCIMA QUARTA EMENDA

A Décima Quarta Emenda foi aprovada no Congresso devido à ciência que os congressistas tinham da necessidade de uma Emenda constitucional para atingir os objetivos a que se propunham na Reconstrução. Isto é, para solucionar os problemas do pós-guerra e para nacionalizar a proteção de

*pass through, or reside in any other state, for purposes of trade, agriculture, professional pursuits, or otherwise; to claim the benefit of habeas corpus; to institute and maintain actions of any kind in the courts of the state; to take, hold, and dispose of property, either real or personal; and an exemption from higher taxes or impositions than are paid by the other citizens of the state; may be mentioned as some of the particular privileges and immunities of citizens, which are clearly embraced by the general description of privileges and immunities deemed to be fundamental: to which may be added the elective franchise, as regulated and established by the laws or constitution of the state in which it is to be exercised. These, **and many others which might be mentioned**, are strictly speaking, privileges and immunities, and the enjoyment of them by the citizens of each state, in every other state, was manifestly calculated (to use the expressions of the preamble of the corresponding provision in the old articles of the confederation) 'the better to secure and perpetuate mutual friendship and intercourse among the people of different states of the Union.' [sem grifos no original].*

¹⁸⁷ Cf. NELSON, William E. Op. Cit., p.64-109.

¹⁸⁸ Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p.33 e ss.; NELSON, William E. Op. Cit., p.48 e ss.

direitos considerados básicos e frontalmente menosprezados por alguns estados, através do fenômeno dos *Black Codes*. Embora este último objetivo fosse claro, era em si mesmo paradoxal. Isto porque os congressistas pretendiam dar poderes ao governo nacional para resguardar direitos de *vida, propriedade e liberdade* nos estados, e, ao mesmo tempo, não intencionavam movimentar com a estrutura federativa do país, considerada, com unanimidade desde a retórica pré-bélica, uma das pedras angulares da liberdade.¹⁸⁹

Ademais, pretendiam transformar os três grandes princípios da retórica pré-bélica, prenes de elementos extraconstitucionais, em texto constitucional, juridicizando-os. Essa empresa não era nada fácil, dadas a abstração e a multilateralidade com que tais princípios foram tratados no período que antecedeu a Guerra Civil. Era preciso, também, ofertar uma proposta aos problemas advindos da Guerra Civil. Agregar uma gama tão ampla e complexa de tópicos em uma só Emenda seria árduo, surgindo a necessidade de busca por uma fórmula coerente, que angariasse a coalizão dos republicanos e a vênua dos sulistas. A reunião desses fatores levou a uma grande dificuldade de obtenção de consenso no texto da Décima Quarta Emenda. Contudo, os congressistas sabiam que a oportunidade era única e que deveria ser aproveitada. Um compromisso era essencial. Este é um dos motivos que impulsionou o texto da Décima Quarta Emenda a percorrer um caminho inverso do usual. Ele partiu de uma redação clara e objetiva para uma redação abstrata, redundante e até mesmo ambígua.¹⁹⁰

Na seção um da Décima Quarta Emenda, encontram-se juridicizados os grandes princípios da retórica pré-bélica. Nas seções centrais (dois, três e quatro) estão as soluções apresentadas aos problemas práticos oriundos da Guerra Civil. Na última seção, a quinta, aplicável a todas as demais, há oferta de poderes ao Congresso para reforçar, em caráter correicional (repressivo), a Emenda diante dos governos estaduais. Para o presente estudo, importa verificar apenas as seções um e cinco, restando sem interesse as demais, uma vez que destinadas a problemas pontuais da época, sem repercussão hodierna e sem influência direta na interpretação do *due process of law*. Confira-se a redação das seções um e cinco:

“Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado no qual residem. Nenhum Estado deve editar ou executar qualquer lei que possa violar os privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos. Nem pode qualquer Estado privar nenhuma pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem recusar a qualquer pessoa na sua jurisdição a igual proteção perante a lei.

¹⁸⁹ Cf. NELSON, William E. Op. Cit., passim.

¹⁹⁰ *Id.* p.49 e ss.

Seção 5. O Congresso deve ter poderes para reforçar, por legislação apropriada, as provisões deste artigo.”¹⁹¹

O *due process of law*, aqui presente, não constava da proposta originária da Décima Quarta Emenda. Sua inserção foi bem posterior, em um dos últimos substitutivos apresentados. A proposta originária, além de não contar com o *due process of law*, não era *auto-executável* como é a versão final. Isto é, a primeira proposta colocava nas mãos do Congresso poderes **preventivos e profiláticos** para assegurar às **pessoas** o exercício **igualitário** dos direitos de **vida, propriedade e liberdade**, sem abrir as portas das Cortes de Justiça para remediar violações diretas à Emenda. Esta possibilidade, se aprovada, alteraria substancialmente a estrutura federativa norte-americana. Nos primeiros substitutivos, essa característica foi mantida, mas algumas mudanças retiraram-lhe a clareza. Manteve-se a proteção da *vida, propriedade e liberdade* de todas as **pessoas**. Houve inserção de direitos políticos, a serem garantidos aos **cidadãos**, assim como *privilégios e imunidades*. Esses substitutivos mantinham a grande alteração federativa, e traziam fortes incertezas quanto à definição de *cidadãos* e *privilégios e imunidades*. A presença dos direitos políticos causou sérios problemas para a aprovação do texto, pois muitos adeptos da *liberdade dos negros* não acreditavam que eles estivessem aptos a gozar desses direitos. Buscando adesão para aprovação do texto, a grande alteração no federalismo, causadora de obstáculos à aprovação, foi evitada através da retirada dos poderes profiláticos do Congresso e conferência de poderes **repressivos** às Cortes Federais (seção um) e também ao Congresso (seção cinco). Com o mesmo objetivo, foram suprimidos os direitos políticos. Mas os duvidosos termos *privilégios e imunidades* e *cidadãos* mantiveram-se. Apenas no último substitutivo apareceu o *due process of law*, protegendo os direitos de *vida, propriedade e liberdade* das **pessoas**. E neste substitutivo foi acrescida uma definição de cidadania, originando a redação final, supra-transcrita. *

A redação final da Emenda tutelou direitos de *vida, propriedade e liberdade*, garantiu *privilégios e imunidades* e, também, a *igual proteção das leis*. A proteção foi manifestada através de uma **proibição aos estados, vedando-os de privar as pessoas da vida, propriedade e liberdade sem o due process of law**; de atacar os privilégios e imunidades dos **cidadãos**; e de negar a **igual proteção perante a lei**. A redação, como endereça proibição aos estados, é *auto-executável*. Assim, se os estados **atuarem** do modo

¹⁹¹ *The Constitution of the United States. The Bill of Rights. Op. Cit., 14th Amendment. "Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the **privileges and immunities** of citizens of the United States; **nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law**; nor deny to any person within its jurisdiction the **equal protection** of the laws. Section 5. The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.*" [sem grifos no original].

* A fim de facilitar a compreensão desta evolução redacional da Décima Quarta Emenda, foi elaborado um anexo, que conta com as redações da proposta original e dos substitutivos, bem como com alguns comentários a cada um deles.

proibido, pode o Judiciário Federal **reprimir** sua atuação, controlando a constitucionalidade dos atos normativos estaduais cerceadores dos direitos de *vida, propriedade e liberdade*, respeitada sempre a inércia inicial. A seção quinta deixou aberta a possibilidade de o Congresso legislar para **reprimir** os atos normativos que afrontassem a Emenda. A história congressual da Emenda indica que os congressistas acreditavam que o Congresso seria o defensor primário da Emenda e, em segundo plano ficariam as Cortes. Apesar da certeza quanto à sua *auto-executoriedade*, a redação final da Emenda não é clara. Ela não é auto-explicável. Para compreendê-la melhor, serão brevemente expostas as principais discussões travadas sobre ela.

Durante as discussões congressuais sobre a seção um, destacaram-se dois temas: a) a relação específica dos direitos por ela protegidos nos termos *vida, propriedade e liberdade*; b) o significado da cláusula *equal protection*. Quanto ao primeiro, as respostas dos congressistas foram variadas, cada grupo apontando um *rol* diferente de direitos como encampados pelos termos *vida, propriedade e liberdade*: a.1) todos os direitos enumerados no *Bill of Rights*; a.2) todos os direitos elencados em *Corfield v. Coryell*; a.3) todos os direitos especificados no *Freedman's Bureau Bill* e no *Civil Rights Act*; a.4) direitos oriundos de uma *lei suprema*, do *direito natural* e do *contrato social*; a.5) abertura da Emenda, possibilitando a definição casuística dos direitos pelo Congresso e pelas Cortes de Justiça. Anote-se que poucos congressistas inseriam os direitos políticos. No que diz respeito à noção de *igual proteção*, as opiniões eram também diversas, pois não havia adesão a uma *teoria da igualdade*, hábil a oferecer linhas seguras de argumentação. Sabia-se que a cláusula destinava-se a combater os males da legislação específica, seja econômica (monopólios) seja discriminatória, mas não se sabia definir *igualdade* nem as categorizações que tornariam uma lei específica (*class legislation*).¹⁹²

As objeções e defesas recebidas pela Emenda no Congresso trazem alguns elementos para a compreensão de seu significado e de suas possibilidades exegeticas. Por isso, serão resumidos aqui alguns pontos principais. As objeções eram produzidas em dois sentidos básicos: a) quanto ao procedimento de propositura e adoção; b) quanto à substância da Emenda. As primeiras não guardam grande relevância para este trabalho, relevância todavia existente quanto às segundas. Eram três as objeções substantivas:

¹⁹² *Class legislation* era o termo utilizado para leis que beneficiavam uma *classe* de pessoas em detrimento de outra ou outras classes, sem motivo razoável, escorado no interesse público, hábil a justificar a *classificação* feita. Cf. NELSON, William E. Op. Cit., p.64-90.

b.1) a Emenda centraliza o poder e destrói o caráter essencial do federalismo, pois permite ao Congresso *criar* direitos e impô-los aos estados, bem como alterar as regulações estaduais sobre o exercício dos direitos civis. Assim, a Emenda seria um risco para a liberdade.¹⁹³

b.2) A Emenda altera a tripartição de poderes, sedimentando, através da seção cinco, a onipotência legislativa e fazendo com que os Legislativos e Executivos estaduais fiquem curvados às deliberações do Congresso. O mesmo transmitir-se-ia ao Judiciário, pois os juizes estaduais perderiam sua independência, ao ficarem vinculados às leis do Congresso.

b.3) A Emenda oferta igualdade às pessoas, quando existem diferenças entre elas.¹⁹⁴

Os partidários da Emenda responderam a todas essas objeções. As respostas mais fáceis foram quanto às queixas procedimentais, mas as substanciais também foram rebatidas.¹⁹⁵

a) A tripartição de poderes não é afetada pelas seções um e cinco da Décima Quarta Emenda. Isto porque somente os atos estaduais **desarrazoados** e discriminatórios seriam corrigidos pelo Congresso e pela Suprema Corte. Então, nos estados que não produzissem leis nem cometessem atos eivados com estes tipos de vícios, a emenda constituir-se-ia em *letra morta*, não surtindo qualquer efeito maior, pois o exercício válido do poder de polícia não acarretaria consequências diante da Emenda. Além disso, o Congresso exerceria autocontenção, enquanto as Cortes somente agiriam por provocação e com papel revisional.

b) O federalismo não seria drasticamente alterado, sofreria apenas mudanças tênues. Os motivos dessa afirmação conectam-se intimamente com os motivos ofertados para explicitar a não-alteração da tripartição de poderes, por vezes funcionando para justificar a afirmação exposta na alínea anterior. Eram formuladas em dois sentidos, derivados de duas diferentes concepções da Décima Quarta Emenda: b.1) Concepção como *equal amendment*. A Emenda impõe a obrigação de os estados legislarem igualitariamente, sem retirar das mãos dos legislativos estaduais o poder de determinar quais os direitos civis que serão ou não protegidos. Mas exige que, uma vez que o estado escolha proteger, não poderá fazê-lo só para algumas pessoas e para outras não. Ou oferta o direito a todos, ou a ninguém, ou exclui justificada e razoavelmente algumas pessoas na abrangência da proteção. As restrições só seriam justificadas se fundadas no bem-estar, na saúde, na moral ou no interesse públicos. Uma restrição de uma parcela da população pelo simples fato de se tratar daquela parcela não

¹⁹³ Esta era a acusação mais freqüente e mais séria, pois o princípio federativo era reconhecido como um baluarte da liberdade na retórica pré-bélica, e manteve este posto durante a Era da Reconstrução. Para eles, a Emenda constituir-se-ia em uma grande alteração no sistema federativo estabelecido pela Constituição, permitindo ao governo nacional intrometer-se em campos que, originariamente, apenas aos governos estaduais era dado deliberar. Dizia-se que a emenda acabaria com a autonomia dos Legislativos locais, pois permitia ao Congresso *criar* direitos a serem exercidos nos estados, bem como alterar as regulações estaduais sobre o exercício desses direitos. Cf. NELSON, William. Op. Cit., p.91-109.

¹⁹⁴ Estas argumentações não eram produzidas somente através de um racismo vulgar, que alegava as diferenças entre negros, brancos e amarelos. Havia também uma preocupação em como inserir equanimemente os negros recém-libertos na vida política e econômica da nação, o mesmo temor se estendendo aos chineses e mongóis, que estavam imigrando maciçamente para a costa da Califórnia, sem falar ou escrever inglês e sem conhecimento mínimo dos princípios políticos regedores do país. Demonstrava-se também grande ansiedade sobre a abrangência da igualização, pois pensava-se em outras questões além da racial, a sexista e indígena, por exemplo. Ao pensar sobre a igualdade, chegavam até mesmo a extremos lógicos, anunciando que os estados estariam impedidos de fazer categorizações, como ofertar menos direitos a crianças ou a pessoas com distúrbios mentais graves. Questionavam também se a igualdade era de tratamento perante a lei, ou uma garantia de igualdade social e econômica. NELSON, William. Op. Cit., p.91-109.

¹⁹⁵ Esquema elaborado a partir do capítulo VI, intitulado *The Republican Rebuttal*, da obra de William Nelson. NELSON, William E. Op. Cit., 110-146.

seria razoável ou justificável. Esta concepção salientava que a Décima Quarta Emenda não era capaz de *criar* direitos, nem dava ao Congresso poder para criá-los nos estados que não os concedessem a ninguém. Apenas exigia que os estados, quando conferissem direitos, não excluíssem parcelas da população de forma desigual, seja com categorizações injustificadas. Efetivamente, diante de tal concepção, a movimentação na organização federativa seria bastante suave. b.2) Concepção como *rights amendment*. Segundo essa vertente, a Décima Quarta Emenda *cria* direitos. Se o estado deixar de ofertar alguns direitos civis a todas as pessoas, o Congresso pode legislar para garanti-los a todos no estado. Ou, se o estado ofertar o direito a algumas pessoas e a outras não, o Congresso pode estendê-los a todos. Mas o Congresso não pode regular o exercício desses direitos. Essa tarefa incumbe ao estado, e será dado ao Congresso interferir apenas quando o estado realizar regulações arbitrárias, desigualitárias e desarrazoadas ao exercício dos direitos. A fim de ancorar seu pensamento, buscavam as noções de *lei suprema*, *direito natural*, *contrato social* e o respeito à Constituição: os três primeiros levam à necessidade de reconhecer que há direitos que são anteriores à existência dos estados, não sendo permitido negá-los a todos os cidadãos, ou a uma parcela deles, sem justificação. Já a última conduz à noção de que a Constituição nada valerá se aos estados for permitido recusar tutela para direitos nela abarcados. Assim sendo, quando o estado deixar de tutelar um direito, produto de uma dessas fontes, o Congresso poderá fazê-lo, o mesmo valendo para as Cortes Federais, quando provocadas. Essa concepção implicaria uma alteração menos sutil na organização federativa, apesar de algumas afirmações em contrário.

Entretanto, em relação a essas duas premissas, os Congressistas esbarravam em um sério problema: não definiam o sentido dado à legislação igualitária, razoável e não arbitrária, nem especificavam quais os direitos que a Emenda se endereçava a tutelar. Quando confrontados com situações concretas, prontamente ofereciam uma solução; na maioria das vezes, todavia, não mostravam a fundação dela ou a concepção que conduzia seu raciocínio. Além disso, as soluções apontadas para um mesmo caso eram muito variadas e também discordantes. Sua base não se encontrava apenas na noção de igualdade, mas nos princípios gerais que povoaram a retórica pré-bélica, como também nas concepções morais que assumiam e no evangelismo, que se fazia muito vivo entre os congressistas da Era da Reconstrução.

Quanto à igualdade, os defensores da Emenda alegavam que ela não retirava a capacidade dos Legislativos de estabelecer categorizações e distinções entre as pessoas, com o escopo de regular o exercício de direitos básicos, mas exigia que esta tarefa deveria ser cumprida com imparcialidade, ou seja, através de regulações não arbitrárias e razoáveis. conceitos que, nesse contexto, confundiam-se com a noção de igualdade. Os congressistas não possuíam uma *teoria da igualdade* para guiá-los, por isso não eram capazes de delimitar a noção com precisão, e, assim, ela permanecia como um conceito vago. Entretanto, não tão vago quanto no período pré-bélico, pois alguns pontos de consenso se apresentavam: c.1) categorizações feitas exclusivamente com base na raça eram desiguais; c.2) negação dos extremos lógicos do conceito de igualdade, através do argumento de que a Emenda não proibia a *classificação* e a categorização das pessoas, mas apenas exigia que fossem justificadas no interesse público, como, por exemplo, crianças e portadores de deficiências mentais.

No que diz respeito ao *due process of law*, pouco foi dito no 39º Congresso. A cláusula quase não foi debatida, e o que foi dito sobre ela não esclarece se os congressistas compreendiam a versão

substantiva, se intencionavam-na ou se pretendiam excluí-la. Novamente, há apenas elementos que podem ser levantados como indícios no *enigma* do surgimento da *doutrina* do *substantive due process of law*. Entrementes, todos os argumentos formulados durante os debates da Décima Quarta Emenda, retro-expostos, forneceram, de um modo ou de outro, elementos para a construção da *doutrina* do *substantive due process of law*, como será visto no capítulo seguinte. Antes, porém, restam duas anotações a ser feitas. A primeira refere-se à menção dos atos congressuais, produzidos sob a autorização da seção cinco da Décima Quarta Emenda. A segunda, à opinião dos estudiosos sobre o conteúdo do *due process of law* da Décima Quarta Emenda.

Entre 1868 e 1875, os republicanos dominaram o Congresso. E, tal qual os *framers* da Décima Quarta Emenda, acreditavam que zelar pelo cumprimento da Décima Quarta Emenda era muito mais função do Congresso do que das Cortes de Justiça. Assim, sob autorização da seção cinco, três importantes atos foram editados, o *Enforcement Act*, de 1871, o *Ku Klux Klan Act*, de 1871, e o *Public Accommodations Act* de 1875. Por meio deles, o Congresso definiu quais direitos específicos contidos na triade *genérica* de *vida*, *propriedade* e *liberdade* deveriam ser respeitados pelos estados, oferecendo especial apreço à liberdade de ir e vir, às liberdades contratual e de escolher uma profissão e à propriedade. Os atos, de modo geral, *criavam* direitos a ser respeitados tanto pelos estados como por particulares. Também ampliavam os poderes do Judiciário e do Executivo federais para tutelar os direitos de vida, propriedade e liberdade. Deste modo, permitiam entrever que, em sua concepção, a Emenda era uma *rights amendment*, e, além disso, impositora de limites substantivos nos governos estaduais. Porém, estes atos mantiveram parte da ambigüidade e da multilateralidade da retórica pré-bélica, excluindo apenas os argumentos dos defensores da escravidão, sem esclarecer definitivamente o teor das cláusulas da Décima Quarta Emenda. Do mesmo modo, também não elucidavam a questão da substantividade do devido processo legal. Depois destes atos, cessou a atividade congressual de *construção* da Décima Quarta Emenda, uma vez que os republicanos perderam a maioria no Congresso, e os democratas, opositores da Emenda, assumiram-na.¹⁹⁶

No que toca à opinião dos estudiosos norte-americanos sobre o conteúdo do devido processo legal, há divergências, havendo defesa das mais diversas opiniões. Apenas quanto a uma questão há acordo: o *due process of law* da Décima Quarta Emenda seria basicamente uma aplicação do devido processo legal da Quinta Emenda aos estados. Mas o que significava exatamente o devido processo legal da Quinta Emenda? Era simplesmente uma garantia inerente aos procedimentos judiciais? Garantia

¹⁹⁶ Para um exame detalhado destes atos, vide: KEYNES, Edward. Op. Cit., p.76 e ss.

procedimentos judiciais de acordo com a lei? Ou de acordo com os procedimentos da *common law*? Ou garantia um processo *justo*? Era uma cláusula portadora de um sentido *substantivo*, autorizando as Cortes a revisar a razoabilidade do conteúdo dos atos normativos privadores dos direitos de *vida, propriedade e liberdade*, com apoio em elementos extraconstitucionais, fortalecendo a *Ultra Judicial Review*? Um *enigma*.

Raoul Berger nega absolutamente que o devido processo legal, na feitura da Décima Quarta Emenda, fosse compreendido como uma garantia substantiva. Em seu pensar, não há nada que indique ou que sustente a idéia de que o devido processo legal substantivo estivesse presente na *mentalidade* dos *framers* da Emenda. Sustenta, pois, que a cláusula não passava de uma garantia procedimental, inerente aos procedimentos judiciais. Como argumentos, traz à tona toda a história anterior da cláusula – por ele interpretada como exclusivamente procedimental, tratando *Dred Scott* como uma aberração – além do silêncio do 39º Congresso sobre a cláusula. Se ela fosse tão portentosa, possuidora de um sentido substantivo, por que os congressistas dedicaram-lhe tão pequena atenção? Questiona, ainda, a problemática federativa. Uma vez que os *framers* não pretendiam alterar acentuadamente a estrutura federativa, não faz sentido que tenham oferecido poderes às Cortes federais para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos estaduais com bases tão fluidas como as fornecidas pelo *due process of law*.¹⁹⁷

Edward Keynes critica a postura de Berger, afirmando que ela não está escorada em bases firmes. Para demonstrar a fragilidade do pensar de Berger, Keynes recorre à história do *due process of law*, que ele interpreta como *cheia* de fortes indícios da versão substantiva. E pergunta: se Berger estiver certo, como explicar a articulação da *doutrina* do *substantive due process of law*, ocorrida no seio da Suprema Corte poucos anos após a ratificação da Décima Quarta Emenda? Teriam os *Justices* contemporâneos do 39º Congresso cometido o tamanho absurdo de *converter*, de um momento para outro, uma garantia meramente procedimental em uma substantiva? Para Keynes, os congressistas não apenas vislumbravam a faceta substantiva do devido processo legal, como também a intencionavam, embora estivessem muito mais familiarizados com a versão procedimental. Para esse autor, ainda que se admita que os congressistas não pretenderam exatamente o *substantive due process of law*, seus objetivos e argumentos vão ao encontro dessa versão da cláusula, pois eles intencionavam obrigar os estados a dar maior proteção aos direitos de *vida, propriedade e liberdade* das pessoas, fator que o *substantive due process of law* aprimora. Alega, também, que os congressistas lançaram mão de muitos elementos extraconstitucionais

¹⁹⁷ Cf. BERGER, Raoul. Op. Cit., p.228-244.

em seus argumentos e defesas da Emenda, elementos estes que o devido processo legal substantivo canaliza para dentro do texto constitucional.¹⁹⁸

Wolfe assume um posicionamento intermediário. Não defende nem nega que o *substantive due process of law* pertencesse à *intenção original* dos *framers* da Décima Quarta Emenda. Avaliando possibilidades, diz que o mais importante sobre o devido processo legal da Décima Quarta Emenda é justamente o que não foi dito. Ou seja, como o devido processo legal não causou maiores contendas no 39º Congresso e como, até 1856, era cláusula constitucional pouco explorada, pode-se pensar que ele não era visto de uma forma larga, isto é, sem conteúdo substantivo. Mas Wolfe admite que a versão procedimental já era vista de modo largo, como garantidora de *processos justos*. Este autor lembra, ademais, que o *due process of law* da Décima Quarta Emenda não pode ser interpretado isoladamente, mas sim em combinação com as duas cláusulas que o acompanham, a *equal protection* e os *privileges e imunidades*, e que essas cláusulas devem ser interpretadas de acordo com o caso *Corfield v. Coryell*. Ademais, chama a atenção para o fato de o devido processo legal da Décima Quarta Emenda estar acompanhado por cláusulas de cunho substantivo, diversamente do que ocorrera com a Quinta Emenda.¹⁹⁹

William Nelson traz a lume a dúvida sobre se os *framers* da Décima Quarta Emenda pretendiam *eternizar* o conteúdo substantivo do devido processo legal. Afirma que as razões da inserção da cláusula na Emenda são desconhecidas, uma vez que foi levada a cabo em uma reunião a portas fechadas, e complementa:

*“Talvez o comitê tenha feito esta troca por razões puramente retóricas. Ou talvez seu propósito tenha possuído reais motivos. Uma possibilidade óbvia é que o comitê tenha decidido introduzir o conceito de devido processo na seção um para garantir que, em relação a direitos pessoais fundamentais, as leis estaduais fossem tanto procedimentalmente justas quanto substantivamente equânimes. Mas outra possibilidade é que o comitê tenha pretendido incorporar um conceito de devido processo substantivo na Décima Quarta Emenda. Este conceito havia sido vislumbrado em Scott v. Sandford e em vários casos estaduais anteriores a 1866, e não há modo de saber se os redatores da seção um intencionavam incorporá-lo”.*²⁰⁰

¹⁹⁸ Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p.48 e ss, passim.

¹⁹⁹ Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.136-137.

²⁰⁰ NELSON, William E. Op. Cit., p.57. “Perhaps the committee made its change for purely rhetorical reasons. Or its purpose may have had substantive import. An obvious possibility is that the committee decided to introduce the concept of due process into section one in order to guarantee that, in regard to fundamental personal rights, state law would be procedurally fair as well as substantively equal. But a further possibility is that the committee intended to incorporate a concept of substantive due process into the Fourteenth Amendment. That concept has been adumbrated in Scott v. Sandford and in several state cases prior to 1866, and there is no way of knowing whether the draftsmen of section one meant to incorporate it.” [sem grifos no original].

O conteúdo do *due process of law* para os membros do 39º Congresso é, pois, um *mistério*. É também enigmático todo o sentido do texto da Décima Quarta Emenda. Sua redação, não clara e vaga, deixa margem a diversas interpretações. O que se pode afirmar com segurança é que seus objetivos principais eram compelir os estados a respeitar os direitos básicos pertencentes à tríade *vida, propriedade e liberdade* e juridicizar os princípios da retórica pré-bélica repletos de elementos extraconstitucionais, como *lei suprema, common law, direito natural, contrato social, governo livre*. Este intuito de inserir na Constituição grandes princípios de cunho político e até mesmo moral, como os presentes na retórica pré-bélica, gerou a seção um, vaga a ponto de ser comparada com uma placa colocada no centro de uma auto-estrada, com dizeres para os dois lados. Dependendo da mão em que se estiver trafegando, ter-se-á uma mensagem diferente. Foi dessa forma que a Emenda, e o *due process of law*, chegaram às Cortes de Justiça. Foi com esta base que a Suprema Corte começou a *construir a doutrina* do *substantive due process of law*, labor este que será objeto central do próximo capítulo.

"Ao poder legislativo não é dado transformar injustiça arbitrária em justiça sob a forma de lei".

Haines

"BRANCA: Há alguma lei que proíba alguém de tomar banho?"

Dias Gomes

A longa experiência histórica supra-relatada não é capaz de explicar peremptoriamente a existência e a utilização do aspecto substantivo da cláusula *due process of law* pelas Cortes, como também oferece evidências apenas fragmentárias da construção da *doutrina do substantive due process of law*. Consoante relatado, a forma e o momento exatos do surgimento da *doutrina* em estudo neste trabalho constituem-se em um dos maiores *enigmas* do constitucionalismo norte-americano. Não se pode precisar se a faceta substantiva era apregoada por Sir Edward Coke, e a mesma incerteza estende-se aos *framers* da Constituição dos Estados Unidos e aos congressistas que aprovaram a Décima Quarta Emenda. Todavia, a história é clara o bastante para demonstrar a construção de teorias dos controles e das limitações constitucionais dos poderes governamentais, a ser exercida pelo Poder Judiciário, através da *Judicial Review*. E, em alguns pontos dela, consegue-se vislumbrar o entrelaçamento de elementos extraconstitucionais com o controle judicial dos atos dos demais poderes, aqueles consubstanciados ora na *common law*, ora no *direito natural*, ora no ideário do *contrato social*, ora na noção de *higher law*. Nesses momentos, poucas foram as decisões pretorianas que embutiram tais elementos extraconstitucionais na cláusula do devido processo legal, como limites dela advindos, tornando-a um elemento impulsionador do controle judicial de constitucionalidade.

No entanto, este panorama nebuloso sobre a versão substantiva do devido processo legal foi se desfazendo nas últimas décadas do século XIX. Se antes não havia certezas, a partir desse período elas começavam a ser delineadas, uma vez que a versão substantiva do devido processo legal angariou articulação explícita através da construção do texto da Décima Quarta Emenda. De início, a doutrina da substantividade do devido processo legal esteve presente apenas em votos dissidentes, emitidos por um grupo de *Justices* da Suprema Corte. A maioria da Corte, porém, mostrava-se resistente em aceitá-la. Paulatinamente, a resistência foi sendo vencida e a Corte iniciou a caminhada de aproximação da versão substantiva do devido processo legal, acatando-a em fins do século XIX.

* *Apud* BITAR, Orlando. **A lei...**

* GOMES, Dias. **O Santo Inquérito**. São Paulo: Circulo do Livro, s/d., p. 77.

Após aderir à *doutrina*, a Suprema Corte fê-la florescer na proteção das liberdades econômicas e da propriedade, imprimindo-lhe um forte cunho economicista, com interpretação forjada à luz das premissas do Estado Liberal. Avultava-se o *economic substantive due process of law*. Por cerca de quarenta anos, a Suprema Corte manteve a utilização do devido processo legal substantivo na seara econômica, aprimorando-o enquanto *doutrina* constitucional. Com o surgimento do Estado de Bem-Estar Social, houve um choque entre as características de economia liberal ligadas ao princípio e a identidade interventora deste modelo de Estado, em um embate que conduziu ao *atestado de óbito* da *doutrina* do devido processo legal substantivo.

É ao estudo desse período que compreende o nascimento, crescimento e *funeral prematuro* da *doutrina* do devido processo legal substantivo na Suprema Corte norte-americana que este capítulo é dedicado. Examinar-se-ão o forjamento, a aceitação e a aplicação da doutrina – item 2.2 – bem como sua queda quando da emergência do Estado de Bem-Estar Social – item 2.3. Antes disso, porém, serão tecidos alguns apontamentos iniciais, cujo fito é esclarecer certos tópicos relacionados com a aplicação da *doutrina* e determinadas premissas do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, para facilitar a apreensão dos temas abordados neste e nos próximos capítulos – item 2.1.

2.1 APONTAMENTOS INICIAIS

Antes de adentrar no estudo da construção pretoriana da *doutrina* do devido processo legal substantivo, faz-se mister pontuar breves considerações sobre três tópicos que estão intimamente conectados com a *doutrina*, embora não se constituam em seu núcleo essencial. Verificá-los antes do estudo dela facilitará a sua compreensão, bem como tornará mais didática sua exposição isolada. Estes três tópicos são: a) a identidade entre o *due process of law* da Quinta e o da Décima Quarta Emendas e a teoria da *incorporação seletiva*; b) a teoria da *state action*; c) o controle de constitucionalidade das leis estaduais exercido pela Suprema Corte via Décima Quarta Emenda e o caráter não unificador desta Emenda à Constituição.

2.1.1 A IDENTIDADE ENTRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL DA QUINTA E DA DÉCIMA QUARTA EMENDAS E A DOCTRINA DA INCORPORAÇÃO SELETIVA.

Consoante explicitado no capítulo anterior, a cláusula *due process of law* inserida na Décima Quarta Emenda seria basicamente uma aplicação da cláusula existente na Quinta Emenda aos governos estaduais, que, até então, estavam imunes aos ditames do *Bill of Rights*. *Prima facie*, a identificação do sentido da cláusula nas duas Emendas seria o mais adequado, por dois motivos: a) a redação; b) os cânones tradicionais de interpretação constitucional. Entrementes, as redações globais das Emendas são

bem diferentes, e cada uma pertence a um grupo distinto, que consagra direitos e garantias diversos, e cada uma é produto de contingências históricas dotadas de particularidades, o que dificulta a identificação.

Assim sendo, introduziu-se um impasse na interpretação e construção jurisprudencial do *due process of law* da Décima Quarta Emenda: a) ou seria igualado ao *due process of law* da Quinta Emenda, sem canalizar para o cenário estadual os direitos especificados no *Bill of Rights*; b) ou uma nova interpretação ser-lhe-ia conferida, sem ferir a unidade constitucional, mas ofertando à cláusula um sentido mais abrangente. Se a primeira hipótese fosse escolhida, primar-se-ia pela literalidade do texto e pelos cânones tradicionais de interpretação; se a segunda, preferir-se-ia a intenção dos construtores da Emenda e a eficácia da cláusula constitucional. Veja-se:

Como já estudado, o *due process of law* da Quinta Emenda provavelmente não foi aprovado com o sentido amplo que a jurisprudência passou a lhe conferir, nem seu sentido substantivo era certo e claro. Possivelmente, os *framers* do *Bill of Rights* pensavam-no de forma estreita. Nos termos *vida, propriedade e liberdade*, por ele resguardados, não estavam abarcados todos os direitos e liberdades especificados no *Bill of Rights*, pois se assim se compreendesse, ou o devido processo legal seria cláusula inútil, por repetir os direitos já declarados nas demais Emendas, ou as Emendas seriam supérfluas, por estarem todas introjetadas no devido processo legal. Por força da regra da *não-redundância* do legislador constituinte, afastou-se de plano a possibilidade de o devido processo legal da Quinta Emenda introjetar todos os direitos e liberdades do *Bill of Rights*, sem que se afastasse, ao mesmo tempo, a inclusão nele de liberdades *não enumeradas*.²⁰²

Como a Constituição é um documento unitário, que não pode ser interpretado de forma desintegrada ou fragmentária, uma mesma cláusula, expressa em linguagem idêntica no texto constitucional, não pode receber dois sentidos completamente diversos, um bastante amplo e outro bastante estreito. Assim, o devido processo legal da Décima Quarta Emenda não poderia canalizar todos os direitos especificados no *Bill of Rights* para obrigar os governos estaduais, uma vez que tal entendimento a tornaria muito disforme em relação ao devido processo legal da Quinta Emenda, impedido de absorver todo o *Bill of Rights*.

Simultaneamente, ventilava-se a hipótese de que os congressistas do 39º Congresso não tinham em mente a interpretação estreita do devido processo legal esposada pelos *framers* do *Bill of Rights*. Provavelmente, ele era vislumbrado como um instrumento mais amplo e mais expandido que o original, a

²⁰² WOLFE, Christopher. Op. Cit. p.270.

exemplo da definição dada por *Justice Curtis* no caso *Murray's Lessee*.^{*} E, também, não se pode ignorar a interpretação ampliada oferecida pelos congressistas aos termos *privilégios e imunidades*, compreendidos por estes da forma expressa no caso *Corfield v. Coryell*. O rol apresentado neste caso fora também mencionado para a triade vida, propriedade e liberdade sob a tutela do devido processo legal. Era intenção dos *framers* da Décima Quarta Emenda que alguns dos direitos especificados no *Bill of Rights* passassem a obrigar os estados, tendo sido, inclusive, levantada a hipótese de toda sua incorporação.^{**}

A Suprema Corte traduziu a questão, afirmando: “*Mesmo que a linguagem destas emendas seja a mesma, mesmo que elas tenham sido grafadas na Constituição em diferentes momentos e em circunstâncias bastante diversas de nossa vida nacional, pode ser que muitas questões surjam nas quais diferentes construções e aplicações de suas provisões sejam adequadas.*”²⁰³ O problema que se punha diante da Suprema Corte era determinar em que extensão o devido processo legal da Décima Quarta Emenda tornava o *Bill of Rights* compulsório para os estados. A Emenda impunha limites substantivos aos governos estaduais, mas não trazia um rol tão específico quanto o *Bill of Rights*. Então, como determinar sua relação com as oito primeiras Emendas, quais dos direitos e liberdades nelas garantidos eram agora compulsórios para os estados, através do devido processo legal? Como harmonizar esta relação com a impossibilidade de o *due process of law* da Quinta Emenda absorver direitos elencados no *Bill of Rights*?²⁰⁴

De início, para solucionar este impasse interpretativo, a Suprema Corte optou pela identificação da cláusula nas duas Emendas, com a única diferença que uma delas aplicar-se-ia ao governo nacional e a outra aos governos estaduais. Desta forma, os direitos do *Bill of Rights* não estariam inclusos no *due process of law* da Décima Quarta Emenda, tal qual não estavam na mesma cláusula da Quinta Emenda. Isto foi asseverado no caso *Hurtado v. California*, nos seguintes termos:

“*Nós construiremos esta frase da Décima Quarta Emenda (...) pelo uso loquendi da própria Constituição. As mesmas palavras estão contidas na Quinta Emenda. Este artigo possui específica e expressa provisão para perpetuar a instituição do grand jury quando se trata de persecução dos crimes mais gravosos, de acordo com as leis dos Estados Unidos.(...) De acordo com um reconhecido cânone de interpretação, especialmente aplicável em instrumentos formais e solenes do direito constitucional, nós estamos proibidos de assumir, sem nenhuma razão para o contrário, que qualquer parte desta importante emenda é supérflua. A inferência natural e óbvia é que, no sentido da Constituição, ‘devido processo legal’ não significava ou pretendia incluir,*

^{*} Vide supra, itens 1.3.1 e 1.3.2.

^{**} Vide supra, itens 1.3.1 e 1.3.2.

²⁰³ *French v. Barber Asphalt Paving Co.*, 181 U.S. 324. Apud McGehee, Lucius Polk. Op. Cit., p. 35. “*While the language of those amendments is the same, yet as they were engrafted upon the Constitution at different times and widely different circumstances of our national life, it may be that questions may arise in which different constructions and applications of their provisions may be proper*”.

²⁰⁴ Cf. SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes...* Op. Cit., p. 199.

ex vi termini, a instituição e o procedimento do grand jury em qualquer caso. A conclusão é igualmente irresistível quando a mesma frase é empregada na Décima Quarta Emenda para restringir a ação do Estados, ela foi usada no mesmo sentido e sem maiores significados, e, se na adoção desta emenda, fosse parte de seu propósito perpetuar a instituição do grand jury em todos os Estados, ela deveria ter incorporado, como feito na Quinta Emenda, declaração expressa para este efeito.”²⁰⁵

Entretanto, como o *Bill of Rights* aplicava-se ao governo nacional e não aos governos estaduais, a identidade entre o devido processo legal de uma e de outra Emenda acabou por transformar-se em um padrão diferenciado de exame a ser usado pela Suprema Corte, pois aplicava-se o *Bill of Rights* para os casos federais, mas os direitos e liberdades nele especificados não se tornavam obrigatórios para os estaduais. Isto ensejava uma disparidade decisória entre casos similares, envolvendo o governo nacional ou os estaduais. Então, ainda no século XIX, a Suprema Corte admitiu, em *Chicago Tc, R. Co. v. Chicago*, que o devido processo legal da Décima Quarta Emenda tinha o condão de empregar, para os estados, a cláusula da *justa compensação pela desapropriação*, prevista especificamente na Quinta Emenda.²⁰⁶ McGehee conclui que o princípio anunciado neste caso parece contrário ao utilizado nos anteriores, mas em consonância com a harmonização dos casos, de acordo com a natureza do direito envolvido.

No caso *Twining v. New Jersey*, deslindado pela Suprema Corte em 1908, foi dito que proteção contra a auto-incriminação era determinada pela Quinta Emenda e, portanto, não se estendia aos estados por meio do devido processo legal da Décima Quarta Emenda. Todavia, aqui, a Corte máxima estadunidense asseverou que alguns direitos faziam parte do devido processo legal, não exatamente todos os especificados no *Bill of Rights*, mas tão-somente alguns deles. Quais os direitos, então, abarcados pelo devido processo legal da Décima Quarta Emenda? A Suprema Corte salientou que, para que se soubesse se o direito era ou não salvaguardado pelo *due process of law*, a resposta às seguintes indagações deveria

²⁰⁵ Tratava-se, no caso, de alegação de aplicação do *grand jury*, explicitado na Quinta Emenda e em parte do *Bill of Rights*, aos estados, por meio do *due process of law* da Décima Quarta Emenda. Importa salientar que quanto a este respeito houve forte dissidência no voto de Justice Harlan. Anota McGehee que esta decisão tomada em *Hurtado* foi reafirmada em *in Re Kemmler*, o qual reportou-se diretamente a este trecho de *Hurtado*, para dizer que o *due process of law* da Décima Quarta Emenda tinha o mesmo sentido do da Quinta, sem extensões ou ampliações. Cf. *Hurtado v. California*. 110 U.S. 516 (1884). Disponível em: [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=\[Group+110+U.S.+516:\]\(Level+Case+Citation:\)\[\[Group+citemenu:\]/doc/{@1}/hit_headings/ words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=[Group+110+U.S.+516:](Level+Case+Citation:)[[Group+citemenu:]/doc/{@1}/hit_headings/ words=4/hits_only?) Acessado em: 22/05/2001. McGEHEE. Lucius Polk. Op. Cit., p. 33. “We are to construe this phrase in the Fourteenth Amendment (...) by the *usus loquendi* of the Constitution itself. The same words are contained in the Fifth Amendment. That article makes specific and express provision for perpetuating the institution of the grand jury so far as relates to prosecutions for the more aggravated crimes, under the laws of the United States (...). According to a recognized canon of interpretation, especially applicable to formal and solemn instruments of constitutional law, we are forbidden to assume, without no reason to the contrary, that any part of this most important amendment is superfluous. The natural and obvious inference is, that in the sense of the Constitution, ‘due process of law’ was not meant or intended to include, ex vi termini, the institution and procedure of a grand jury in any case. The conclusion is equally irresistible that when the same phrase was employed in the Fourteenth Amendment to restrain the action of the States, it was used in the same sense and with no greater extend; and that if in the adoption of that amendment it had been part of its purpose to perpetuate the institution of the grand jury in all the States, it would have embodied, as did in the Fifth Amendment, express declaration to that effect.” [sem grifos no original].

²⁰⁶ McGEHEE. Lucius Polk. Op. Cit., p. 33.

ser afirmativa: *O estado violou um princípio fundamental de liberdade e justiça, inerente à ideia de governo livre e, portanto, um direito inalienável dos cidadãos? É o direito tão fundamental que sua recusa se consubstancia em uma recusa ao due process of law?*²⁰⁷

Este *approach* interpretativo da *justiça fundamental* passou a ser conhecido como *selective incorporation*, quer dizer, a inserção seletiva dos direitos e liberdades expressos no *Bill of Rights* no *due process of law* da Décima Quarta Emenda, de acordo com a *natureza do direito* e com seu *caráter de fundamentabilidade**. Se fundamental ou essencial à justiça e à liberdade, seria incorporado, se não o fosse, não o seria. A incorporação é dita seletiva em dois sentidos diversos: a) porque *seleciona* alguns direitos do *Bill of Rights* e outros não, por exemplo, as garantias da Oitava Emenda e não as da Quinta; b) porque *seleciona* parte de uma garantia específica do *Bill of Rights* e outra não, por exemplo, o direito a um advogado é incorporado em casos capitais; em casos não capitais não o é.²⁰⁸

Desde *Twining* até a década de 1960, a Suprema Corte seguiu expandindo o rol de direitos *seletivamente incorporados* pelo *due process of law* da Décima Quarta Emenda, a exemplo do ocorrido nos casos *Powell v. Alabama*, *Palko v. Connecticut*, *Gideon v. Wainwright* e *Mapp v. Ohio*.²⁰⁹ Este modo de interpretar o devido processo legal da Décima Quarta Emenda sustentou uma considerável expansão judicial dos direitos, liberdades e garantias compulsórias aos estados e revisáveis pelo Poder Judiciário federal, máxime a Suprema Corte. Também ensejou a diferenciação entre as cláusulas *due process of law* de cada uma das Emendas em que ela aparece, uma vez que os direitos expressos no *Bill of Rights* não são incorporados pelo devido processo legal da Quinta Emenda, mas tão só pelo da Décima Quarta Emenda.

Justice Cardozo, no ensejo de especificar o método decisório adotado pela Suprema Corte, disse que se estava traçando uma linha divisória, que colocava, de um lado, os direitos que estavam na *própria essência da liberdade compulsória* e, de outro lado, os direitos apenas *implícitos* ao conceito de *liberdade compulsória*. Os primeiros seriam incorporados, os segundos, não. Para ele, alguns direitos do *Bill of Rights* protegiam prioridades inferiores; outros protegiam prioridades superiores. Por isso, o critério da

²⁰⁷ Cf. SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes...** Op. Cit., p. 200-204. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 268-270.

* Neste tópico estão sendo traçadas apenas linhas gerais a respeito da *doutrina da incorporação seletiva*. A questão será melhor aclarada, através de exemplos envolvendo o devido processo legal, no curso do trabalho, especialmente no estudo dos casos envolvendo atos normativos estaduais, as liberdades da Primeira Emenda e o devido processo legal da Décima Quarta Emenda. Vide *infra*, subitens: 3.1.3; 3.2.1 e 3.2.2.

²⁰⁸ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 269-270. TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. Second Edition. New York: The Foundation Press, 1988, p. 773-774.

²⁰⁹ Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit. p.269; 270; 272. *Powell v. Alabama*. 287 U.S. 45 (1932). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=287&invol=45>». Acessado em: 22/05/2001.

incorporação seletiva ad hoc era adequado, pois permitia um processo de absorção dos direitos essenciais à liberdade compulsória e a não-absorção dos demais.

No caso *Adamson v. California*, julgado em 1947, *Justice Black* sugeriu a incorporação integral dos direitos, liberdades e garantias do *Bill of Rights* no devido processo legal da Décima Quarta Emenda. Assim, por meio dele, seria controlada a constitucionalidade dos atos estaduais que ferissem qualquer um dos direitos constantes da Declaração de Direitos. *Justice Black* tomou tal posicionamento porque discordava e criticava o método da *incorporação seletiva*, denominando-o um renascimento da *adjudicação pela lei natural*, ou seja, sustentava que por meio da *incorporação seletiva* a Corte poderia ora abarcar um rol maior de direitos, ora um menor, contraindo ou expandindo direitos ilimitadamente, substituindo, desse modo, os direitos especificados no *Bill of Rights* pelos conceitos fluidos do *direito natural*.²¹⁰ Note-se que entre optar pela não-incorporação de qualquer direito do *Bill of Rights* e igualizar o devido processo legal das duas Emendas à Constituição em que esta cláusula aparece, *Justice Black* preferiu a incorporação total do *Bill of Rights*, mesmo que isto significasse admitir a redundância do legislador constitucional. Seu pensar, apesar de crítico ao *approach* dos demais integrantes da Corte, não negava a absorção de direitos constantes na Declaração de Direitos pelo devido processo legal.²¹¹

A sugestão de *Justice Black* jamais, nem mesmo nos dias atuais, foi aceita *formalmente* pela Suprema Corte, a qual segue utilizando a noção de *incorporação seletiva*. Todavia, apesar da Corte nunca ter ido tão longe a ponto de incorporar todo o *Bill of Rights* no devido processo legal da Décima Quarta Emenda, a Corte *Warren**, através da *incorporação seletiva*, expandiu largamente os direitos incorporados, de modo que, faticamente, quase todos os direitos, liberdades e garantias enumerados no *Bill of Rights* foram introduzidos no devido processo legal da Décima Quarta Emenda, tornando-se compulsórios para os estados e revisáveis pela Corte Suprema.²¹²

²¹⁰ Cf. SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes...** Op. Cit., p. 204-205.

²¹¹ Bernard Schwartz salienta que a crítica feita por *Justice Black* sobre um retorno ao direito natural e uma geração de incerteza na interpretação constitucional, pela expansão ou pela contração de direitos, é bastante séria, mas também exagerada, pois pode ser direcionada a todo o direito e não somente à incorporação seletiva. Este autor assevera que o que se tem, na incorporação seletiva, é um padrão amplo e não tecnicista, independente da pura lógica dedutiva, estreitamente definido, e acrescenta: “Na verdade, é na aplicação de tais padrões, em vez de apenas preceitos mecânicos, que um sistema jurídico desenvolvido difere de outro mais primitivo.” SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes...** Op. Cit., p. 205.

* É costume identificar os períodos da Suprema Corte pelo nome de seu *Chief Justice*. Assim, a expressão Corte *Warren* refere-se ao período no qual a Corte foi presidida por Earl Warren. A fim de facilitar a identificação e localização temporal das Cortes, há, em anexo, um quadro com os nomes dos *Chief Justices*, acompanhado das datas.

²¹² Cf. TRIBE, Laurence H. **American Constitutional...** Op. Cit., p. 775 e ss. SCHWARTZ, Bernard. Op. Cit., p. 208. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 271. Em diversos autores nacionais consultados, encontrou-se referência a que o *due process of law* da Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana incorporou todo o *Bill of Rights* – isto é, as dez primeiras Emendas. Tal fato, entretanto, jamais foi admitido pela Suprema Corte norte-americana, a qual, além de negar esta assertiva, deixou fora do *due process of law* da Décima Quarta Emenda o *grand jury* e o *civil jury*. Ademais, afirmar que todo o *Bill of Rights* foi incorporado é uma impropriedade de per si, uma vez que somente as oito primeiras Emendas lidam com direitos, liberdades e garantias, e que as duas últimas correspondem à cláusula de abertura e à determinação dos poderes reservados e delegados.

Impende trazer à baila, ainda, que a Suprema Corte *incorpora* genericamente o direito, a liberdade ou a garantia selecionados, sem levar suas especificações para o patamar estadual. Ela garante os caracteres essenciais, mas não seus acessórios. Pois o devido processo legal não é conceito rígido, e sim flexível. Veja-se, a título exemplificativo, que embora a Suprema Corte incorpore no devido processo legal da Décima Quarta Emenda o direito ao júri em casos criminais, tornando-o compulsório para os estados, quem determina o mecanismo de funcionamento deste júri é o estado, isto é, a regulação do exercício e os detalhes de execução são de competência dos estados. Estes não podem, ao regular o exercício do direito *genérico*, onerá-lo excessivamente ou com tamanhas exigências que o destruam. Esta formulação, na qual as Cortes federais protegem conduzem o direito *genericamente* para o cenário estadual e os governos estaduais responsabilizam-se pelas especificações do direito, é capaz de manter em larga medida o respeito pelo *princípio* federativo, balanceado com o controle nacional dos direitos.*

Christopher Wolfe chama a atenção para o fato de a interpretação constitucional na qual se escora a *incorporação seletiva* parecer frágil, uma vez que o ponto inicial da discussão era a impossibilidade de atribuir-se o qualificativo da redundância ao legislador constituinte, exposto no caso *Hurtado*, e que, em se negando tal redundância, determinar-se-ia a identidade de sentido entre o *due process of law* da Quinta e o da Décima Quarta Emendas. Do que se conclui que a cláusula de 1868 não pode ser um resumo de todo o *Bill of Rights* aplicável aos governos estaduais. A partir do caso *Twining*, a Suprema Corte admitiu a existência de uma redundância parcial, uma sobreposição incidental entre os direitos explicitados no *Bill of Rights* e os termos *genéricos* (*vida, propriedade e liberdade*) salvaguardados pelo devido processo legal. Segundo Wolfe, isto soa compatível com um legislador constituinte cuidadoso.²¹³

Ocorre que, segue esse mesmo autor, com o tempo o rol de direitos incorporados só fez aumentar, e a sobreposição e a redundância deixaram de ser incidentais ou parciais para tornarem-se regra. E, mesmo assim, a Suprema Corte continua fazendo uso da *incorporação seletiva* calcada na *fundamental fairness*, mesmo que hoje ela se pareça com uma *incorporação total*. Wolfe frisa que, sob seu ponto de vista, tal atitude é menos uma impropriedade intelectual e interpretativa e mais uma assunção da Corte de que não estava tão interessada em interpretar de modo fechado e através de lógica dedutiva a Constituição, mas em usar o texto constitucional para primar pela adesão aos direitos, liberdades e garantias que ele garante. Ou seja, diante da opção entre formalismo interpretativo – de acordo com regras rígidas e técnicas, que poderiam levar ao esvaziamento de muitos direitos, liberdades e garantias

* Aqui se apresenta a preocupação com a proteção nacionalizada de alguns direitos individuais sem agressão ao princípio federativo. Como visto, o equilíbrio entre estes temas era uma preocupação constante dos *framers* da Décima Quarta Emenda. Vide supra, item 1.3.2.

²¹³ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 271 e ss.

insculpidos na Constituição – e um modo menos formal, porém mais garantidor e dotado de eficácia, a Corte não titubeou em optar pelo segundo.²¹⁴

2.1.2 A DOCTRINA DA STATE ACTION

Outra questão que guarda íntima conexão com a aplicação do devido processo legal, quer na sua versão substantiva quer na procedimental, é a *doutrina da state action*. Esta *doutrina* possui como base fundante a noção de que os direitos garantidos em uma Constituição são oponíveis e executáveis judicialmente somente contra atos empreendidos pelo poder estatal, e não contra atos de particulares. Assim, quando os envolvidos em um litígio alegam a violação destes direitos ou garantias, deve-se determinar se tal violação provém ou não de um ente estatal.²¹⁵ É o Estado, em todas as suas formas de manifestação, que deve respeitar os direitos expressos no *Bill of Rights* e nas Declarações de Direitos das Constituições estaduais, e é esta conduta estatal que será averiguada como constitucional ou não. Em sendo atuação de um ente privado, não será consubstanciada a *state action*, nem um ataque aos direitos constitucionalmente tutelados, mas, *dependendo do caso*, uma conduta punível criminalmente, sujeita à ação de perdas e danos, ou mesmo imune à censura estatal, pois a liberdade individual pressupõe que, em determinadas **relações privadas**, as pessoas possam ser *injustas, caprichosas e desarrazoadas*.

A princípio, a determinação da presença ou não de uma *state action* parece bastante simples. Quando a solução de um determinado litígio envolve o questionamento da constitucionalidade de uma lei ou de um ato administrativo, ou mesmo da linha de arazoamento de uma decisão irrecurável de uma Corte Suprema estadual, a existência da *state action* é óbvia. Havendo uma lei, houve uma manifestação do Poder Legislativo, havendo um ato administrativo, houve a manifestação do Poder Executivo, e assim sucessivamente. Se tais atuações violarem direitos constitucionalmente tutelados, serão inconstitucionais. Entretanto, muitas dificuldades se apresentaram nesta seara, intensas a ponto de não ser chamada *doutrina da state action*, mas *problema da state action* pelo insigne constitucionalista Laurence Tribe.²¹⁶

As dificuldades aparecem quando não se consegue delinear claramente o envolvimento estatal em alguma violação de direitos resguardados constitucionalmente. Inúmeras situações podem surgir sem que nelas se consiga inserir ou excluir de pronto a existência de uma responsabilidade estatal. Muitas vezes a violação parte de agentes privados, mas só ocorre porque o Estado permite, autoriza, facilita ou é

²¹⁴ *Id.*, p. 271 e ss.

²¹⁵ Cf. TRIBE, Laurence H. **American constitutional...** Op. Cit., p. 1688. Segue-se, neste trabalho, a esteira terminológica adotada por este autor, em que a expressão *state action* refere-se não somente à ação envolvendo o governo de um estado, mas também a *federal action*, isto é, a ação empreendida pelo governo federal e, ainda, pelos governos locais. *State action* abrange, pois, ações de qualquer nível do governo, do local ao nacional, em qualquer uma de suas esferas, executiva, legislativa ou judiciária.

²¹⁶ TRIBE, Laurence H. **American constitutional...** Op. Cit., p. 1688 e ss.

conivente. A Suprema Corte não se limitou em entender presente a *state action* somente nos casos claros de responsabilidade do Estado, mas também em casos nos quais a participação e responsabilidade estatal se dá:

- a) por forma indireta: tal situação ocorre quando um agente particular atua violando direitos constitucionais escorados em um ato normativo que o autoriza a atuar desta forma. Se o Estado empreendesse diretamente tal conduta, ele estaria agindo de modo inconstitucional. Havendo autorização estatal, a norma autorizativa será a *state action* violadora de direitos constitucionalmente assegurados e, portanto, inconstitucional. Este caso também se consubstancia quando uma ação estatal visando a um objetivo possui *efeitos colaterais* em outros campos ou em outras localidades. Exemplo dessa última situação foi vislumbrado no caso *Milliken v. Bradley*, no qual as iniciativas de dessegregação racial nas escolas tomadas por um distrito tiveram efeitos discriminatórios em outro distrito escolar.²¹⁷
- b) pela ação de funcionários menores do Estado. A atuação capaz de configurar a *state action* é oriunda do corpo político denominado Estado, por qualquer instrumento ou forma de ação, seja legislativa, executiva ou judiciária. Fica caracterizada também quando o ato provém de qualquer agência ou funcionário estatal que exerce os poderes desse corpo político, em qualquer nível, desde que tal situação tenha sido possível em virtude de sua posição pública. Então, instituições, entidades privadas e até mesmo indivíduos podem ser agentes de uma *state action*, desde que possuam em mãos algum poder estatal, ajam *under the color of law*. Assim: “Qualquer pessoa que, em virtude de sua posição pública em um governo estadual, privar outra da propriedade, vida, ou liberdade sem o devido processo legal, ou negar a igual proteção perante a lei, viola a inibição constitucional; e como ela age em nome do e para o Estado, e está investida de poder do Estado, seu ato é ato do Estado.”²¹⁸ Se a atuação tiver partido de um agente estatal desprovido de poderes para agir, ou proibido de atuar em tal maneira, a Corte determinará se seu ato foi ou não tomado em virtude de sua função, e se foi efetivamente em nome do Estado;²¹⁹
- c) pela ação agressiva de direitos constitucionalmente tutelados empreendida por um agente estatal menor, à revelia da regulação estatal impeditiva de sua conduta. Esta situação ocorre quando o Estado proíbe uma conduta determinada, mas seus funcionários fogem desta proibição, fazendo mau uso do poder que lhes é conferido, ou quando o Estado regulamenta uma forma de atuação e seus agentes desvirtuam a determinação em sua interpretação ou execução. A ilegalidade da ação de agentes governamentais diante das leis não isenta o Estado de responsabilidade. Ações deste tipo também consubstanciam a *state action*, pois são tomadas *under the color of law*;²²⁰
- d) por meio de uma autorização, licença ou concessão que permita que um ente privado atue em uma *função pública*. Uma conduta privada poderá recair nos ditames da *state action* se o agente privado estiver no exercício de uma função pública, ou seja, se os particulares

²¹⁷ Cf. U.S. Senate Document 103-6. Op. Cit.

²¹⁸ *Ex parte Virginia*. 100 U.S. (1880). Disponível em: [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=\[Group+100+U.S.+339:1\]\[Level+Case+Citation:1\]\[Group+citemenu:1\]/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=[Group+100+U.S.+339:1][Level+Case+Citation:1][Group+citemenu:1]/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only)» Acessado em: 22/05/2001. “Whoever, by virtue of public position under a State government, deprives another of property, life, or liberty, without due process of law, or denies or takes away the equal protection of the laws, violates the constitutional inhibition; and as he acts in the name and for the State, and is clothed with the State's power, his act is that of the State”

²¹⁹ Id.

²²⁰ Cf. U.S. Senate Document 103-6. Op. Cit. **TRIBE**. Laurence H. **American constitutional...** Op. Cit. p. 1703-

estiverem exercendo uma atividade que é tipicamente governamental por ocasião de algum tipo de permissão do Estado para tal. Este setor é particularmente problemático, dada a dificuldade de se determinar se uma função é de fato tradicionalmente exclusiva do Estado ou não. O caso *Marsh v. Alabama*,²²¹ no qual foi garantida a aplicação da liberdade de expressão em uma cidade pertencente a uma companhia privada, é um exemplo disso. Houve também os chamados *White Primaries Cases* que envolveram a questão da função pública. Tratava-se de casos ocorridos no Texas, nos quais os partidos políticos – entidades privadas – permitiam que apenas brancos votassem nas primárias partidárias. Ocorre que, de acordo com o sistema eleitoral texano, estas primárias dos partidos tornavam-se decisivas ou extremamente influentes no resultado do processo eleitoral. Devido a esta importância, a Suprema Corte asseverou que as primárias partidárias faziam parte do sistema eleitoral texano, e então os partidos atuavam no exercício de uma função tipicamente estatal.²²² Outros exemplos de questionamento da *state action*, quando envolvida uma *public function*, podem ser vistos nas seguintes situações: d.1) se os corredores de *shopping centers* correspondem às vias públicas para efeitos de liberdade de expressão;²²³ d.2) se uma companhia privada de energia elétrica, que detém certo monopólio sobre uma região, pode efetuar o corte do serviço por falta de pagamento sem observância do devido processo legal procedimental;²²⁴ d.3) se uma companhia privada pode vender os bens guardados em seus depósitos por falta de pagamento sem observância do devido processo legal procedimental;²²⁵

- e) pela ligação *simbiótica* entre um agente privado e o poder estatal, ou seja, quando o Estado participa de tal entidade seja pelo tipo de regulamentação ou pela contribuição financeira. Configuram-se estas situações quando a participação do Estado na atuação de um determinado ente privado é intensa, seja através de recursos financeiros, regulamentação de algumas questões, contratação de pessoal ou pagamento de funcionários. A Corte discutiu a presença ou não de *state action* em atos advindos de: e.1) escolas para alunos problemáticos cujo funcionamento dependia de fundos públicos;²²⁶ e.2) asilos e sanatórios mantidos por fundos públicos e médicos vinculados aos programas públicos de saúde;²²⁷ e.3) empresas privadas localizadas dentro de complexos públicos, sendo essenciais ao funcionamento

²²¹ *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=326&invol=501>». Acessado em: 22/05/2001. Vide infra, item 3.2.2.

²²² *Terry v. Adams*, 345 U.S. (1953). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/script/getcase.pl?court=us&vol=300&invol=379>». Acessado em: 22/05/2001. Envolvendo questões similares: *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944). Cf. Cf. TRIBE, Laurence H. **American constitutional...** Op. Cit., 1705-1711. ROTUNDA, Ronald D. **Modern constitutional law – cases and notes**. 4th ed., Minnesota: West Publishing Co., 1993, p. 430-442. Senate Document 103-6. Op. Cit. p. 1797-1798.

²²³ *Hudgens v. National Relations Board*, 424 U.S. 507 (1975); *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza*, 391 U.S. 308 (1968); *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972). Cf. TRIBE, Laurence H. **American constitutional...** Op. Cit., 1705-1711. ROTUNDA, Ronald D. Op. Cit. p. 430-442. Senate Document 103-6. Op. Cit. p. 1797-1798.

²²⁴ *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1978). Cf. TRIBE, Laurence H. **American constitutional...** Op. Cit., 1705-1711. ROTUNDA, Ronald D. Op. Cit., p. 430-442. Senate Document 103-6. Op. Cit., p. 1797-1798.

²²⁵ *Flagg Bros. v. Brooks*, 436 U.S. 149 (1978). Cf. TRIBE, Laurence H. **American constitutional...** Op. Cit., 1705-1711. ROTUNDA, Ronald D. Op. Cit., p. 430-442. Senate Document 103-6. Op. Cit., p. 1797-1798.

²²⁶ *Rendell-Baker v. Kohn*, 457 U.S. (1982). Cf. ROTUNDA, Ronald D. Op. Cit., p. 450-456. Senate Document 103-6. Op. Cit., p. 1797-1799.

²²⁷ *Blum v. Yaretsky*, 457 U.S. 991 (1982). Cf. ROTUNDA, Ronald D. Op. Cit., p. 450-456. Senate Document 103-6. Op. Cit., p. 1797-1799.

deles;²²⁸ e.4) empresas que contam com isenções fiscais;²²⁹ e.5) doação, através de fundos públicos, de material didático a escolas privadas segregacionistas;²³⁰

- f) pela disponibilização do aparato judicial a litigantes para a execução de manifestações privadas de vontade que ferem direitos constitucionais. Esta situação se mostra quando particulares, em manifestações privadas de vontade, constroem cláusulas atentatórias de direitos tutelados pelo *Bill of Rights* ou pelas demais Emendas à Constituição norte-americana. A *state action* não se verifica na manifestação de vontade, mas sim quando se dá a necessidade de execução. Isto é, a garantia final de cumprimento de uma manifestação de vontade em um contrato ou em testamento, por exemplo, só se dá por ensejo da disponibilidade do aparato judicial para sua execução. Assim, quando uma cláusula deste tipo é executada judicialmente, o poder estatal torna-se partícipe do ato violativo de direitos salvaguardados na Constituição. Seguem alguns casos em que a Suprema Corte tomou decisões com este teor interpretativo: f.1) execução de cláusulas contratuais proibitivas da venda de imóveis a pessoas pertencentes a minorias raciais, cláusulas estas dotadas do claro intuito de impedir a pluralidade racial em determinados bairros residenciais, tornando-os segregados;²³¹ f.2) a execução de cláusula testamentária que deixava um terreno para ser utilizado como um parque, aos cuidados de um município, desde que o parque só atendesse a pessoas brancas. E a posterior transferência da administração do parque para particulares.²³²
- g) pela disponibilização, pelo Estado, de certas *facilidades* que tornam mais simples ou até mesmo possível a atuação denegadora de direitos assegurados constitucionalmente por parte de particulares. Nesses casos questiona-se se a participação estatal na conduta de um ente privado é suficiente para ensejar a *state action*. A Corte enfrentou questões como: g.1) fornecimento de licença para venda de bebidas alcóolicas em estabelecimentos segregatórios;²³³ g.2) fornecimento de energia elétrica, luz e gás para estabelecimentos segregatórios;²³⁴ g.3) fornecimento de proteção policial e contra incêndios para estabelecimentos segregatórios. A orientação da Corte nesses casos foi que entre a conduta estatal e a conduta denegatória de direitos constitucionalmente resguardados por particulares deve haver um forte nexos de causalidade, não bastando a existência de um ato estatal qualquer, desprovido de vinculação direta com a conduta privada violativa de Direitos Fundamentais.²³⁵
- h) pela omissão estatal, que tem o efeito de encorajar particulares à constrição de direitos constitucionais de outrem. Essa situação se faz presente não apenas quando o Estado se abstém de regular uma determinada conduta, deixando os particulares livres para agir, como também na seara do bem-estar social, que envolve os direitos de segunda e terceira dimensões. Os casos em que a omissão estatal permite a conduta privada denegatória de

²²⁸ *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961). Cf. ROTUNDA, Ronald D. Op. Cit., p. 450-456. Senate Document 103-6. Op. Cit., p. 1797-1799.

²²⁹ *Id.*

²³⁰ *Norwood v. Harrison*, 413 U.S. 455 (1973). Cf. ROTUNDA, Ronald D. Op. Cit., p. 450-456. Senate Document 103-6. Op. Cit., p. 1797-1799.

²³¹ *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=\[Group+334+U.S.+1:\]\(\[Level\]+Case+Citation:\)\]\(\[Group+citemenu:\]\)/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=[Group+334+U.S.+1:]([Level]+Case+Citation:)]([Group+citemenu:])/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?)» Acessado em: 22/05/01.

²³² *Evans v. Newton* 382 U.S. 296 (1966). *Evans v. Abney*, 396 U.S. 435 (1970). Cf. ROTUNDA, Ronald D. Op. Cit., p. 442-450.

²³³ *Moose Lodge N° 107 v. Irvis* 407 U. S. 163 (1972). Cf. ROTUNDA, Ronald D. Op. Cit., p. 457 e ss. Senate Document 103-6. Op. Cit., p. 1795-1796.

²³⁴ *Memphis Light, Gas & Water Div v. Craft*, 436 U. S. 149 (1978). Cf. ROTUNDA, Ronald D. Op. Cit., p. 457 e ss. Senate Document 103-6. Op. Cit., p. 1795-1796.

²³⁵ Cf. ROTUNDA, Ronald D. Op. Cit., p. 457 e ss. Senate Document 103-6. Op. Cit., p. 1795-1796.

direitos constitucionalmente assegurados ou a enseja de per si são, dentre todos os demais, os mais complexos. A Suprema Corte admite explicitamente a dificuldade aferir a culpa do Estado por não agir, bem como a deficiência estrutural do Poder Judiciário para suprir situações como esta. Dois modos de compreender a inação são possíveis, cada um deles dependendo diretamente do conceito de liberdade individual adotado: h.1) a omissão estatal corresponde a uma decisão de não agir, ratificando, portanto, a omissão, o que configura a *state action*; h.2) a omissão não configura uma ação, em nenhum sentido, e, por isso, não se encaixa na noção de *state action*. A primeira lida com um conceito negativo de liberdade individual, como o espaço residual de escolhas privadas deixadas intocadas pelo Estado; a segunda age afirmativamente, como passível de definição sem referência à conduta estatal e capaz de definir os limites de tal conduta. A Suprema Corte não fez uma opção peremptória entre uma e outra noção; aderiu a cada uma delas de acordo com o caso concreto, em alguns deles enquadrando a inação como *state action* e não o fazendo em outros.²³⁶

Ao destrinchar questões como estas, nas quais a responsabilidade estatal não é óbvia, a Suprema Corte não negou a complexidade de sua tarefa e admitiu que um sem-número de conjecturas diversas podem exsurgir, sem que se possam traçar determinantes apriorísticas para identificar a presença de uma *state action*. Assumiu a impossibilidade de formular um teste genérico ou uma regra geral para a verificação da *state action* que fosse imune a um grande contingente de exceções, entendendo a indeterminação da doutrina.²³⁷ Então, a Corte não segue uma trilha de regras claras e gerais para determinar a *state action*, mas decide somente no caso concreto, através de um levantamento de fatos e balanceamento de circunstâncias, restando-lhe considerável discricionariedade na determinação desta matéria.²³⁸

A doutrina da *state action* faz parte da aplicação do devido processo legal substantivo, isto é, para a atuação de sua proteção mister se faz a averiguação da presença de uma *state action*. Não estando em questão um ato governamental, mas sim um ato privado, não se pode chamar pela proteção do *due process of law*, já que ele é oponível somente contra ações de entes dotados de poder governamental. É o poder de Estado que deve seguir os ditames procedimentais e substantivos do devido processo legal ao restringir direitos de *vida, propriedade* ou *liberdade*, somente ele é devedor do processo devido para intrometer-se nesta esfera de direitos. Se o devido processo legal fosse estendido à regulação de qualquer

²³⁶ Cf. TRIBE, Laurence H. **American constitutional...** Op. Cit., p. 1691-1693. Senate Document 103-6. Op. Cit., 1800-1801. LIMA, Maria Rosynete. Op. Cit., p. 145-146.

²³⁷ É por este motivo que Laurence Tribe recusa-se a denominar a *state action* de doutrina. Ele inclusive a intitula anti-doutrina, dada a inexistência de formulações genéricas e largamente aplicáveis. Cf. TRIBE, Laurence H. **American constitutional...** Op. Cit., p. 1691.

²³⁸ No caso *Burton v. Wilmington Parking Authority*, foi dito: "Because the virtue of the right to equal protection of the laws could lie only in the breadth of its application, its constitutional assurance was reserved in terms whose imprecision was necessary if the right were to be enjoyed in the variety of individual-state relationships which the Amendment was designed to embrace. For the same reason, to fashion and apply a precise formula for recognition of state responsibility under the Equal Protection Clause is an 'impossible task' which 'this Court has never attempted'. Only by weighing circumstances can the nonobvious involvement of the State in private conduct be attributed its true significance." Apud ROTUNDA, Ronald D. Op. Cit., p. 452. [sem grifos na fonte].

conduta privada, teria o condão de transformar pendengas privadas em conflitos constitucionais, desvirtuando largamente a organização governamental prevista no texto da Constituição.

No que tange ao devido processo legal, a manifestação inicial da Suprema Corte estadunidense neste sentido deu-se nos *Civil Rights Cases*, logo após a ratificação da Décima Quarta Emenda. Ao interpretar a aplicabilidade da Emenda, como porta-voz da *opinion* da Corte, *Justice Bradley* disse:

*“Sob a Décima Quarta é a ação estadual de um caráter particular que é proibida. Invasão privada de direitos individuais não é o tema da emenda. Ela possui uma abrangência mais profunda e mais larga. Ela anula e invalida toda a legislação do Estado, e ação do Estado de todo o tipo, que deprecie os privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos ou que os injurie na vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; ou que negue a qualquer um deles a igual proteção perante a lei.”*²³⁹

A Corte segue até os dias atuais aplicando o devido processo legal somente nos casos em que se verifica a *state action*, e, conforme já visto, esta averiguação só se opera diante do caso concreto, dependendo do cenário que envolve a ação. A proteção do devido processo legal será estendida a todas as situações a que o poder estatal estiver conectado e puder ser responsabilizado, ainda que a conduta tenha partido de entes privados. Assim, a aplicação da cláusula do devido processo legal, tanto na sua versão procedimental quanto na substantiva, dar-se-á tão-somente quando o ato averiguado for proveniente diretamente do Estado ou quando, embora de origem privada, conte com a existência de um **nexo causal suficiente entre o poder estatal e a atividade particular**, apto a permitir que o ato desta possa ser tomado como daquele.

2.1.3 A JUDICIAL REVIEW ENSEJADA PELA DÉCIMA QUARTA EMENDA E O CARÁTER NÃO UNIFICATÓRIO DA EMENDA

Já foi salientado que, antes do advento da Décima Quarta Emenda, o Poder Judiciário Federal, inclusive a Suprema Corte, não possuía meios de revisar os atos estaduais – legislativos, executivos ou judiciais – que ferissem os direitos tutelados pelo *Bill of Rights*, uma vez que estes eram oponíveis somente ao governo nacional. O mesmo impedimento estendia-se aos poderes Executivo e Legislativo, que não podiam agir para proteger ou remediar situações lesivas a estes direitos, determinadas pelos governos estaduais. Um dos escopos primordiais da Décima Quarta Emenda era justamente obter um mecanismo de ação que permitisse ao governo nacional corrigir tais atos dos governos estaduais. Neste

²³⁹ *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883) <[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofiocgi.exe/historic/query=|Group+109+U.S.+3:|\(\[Level+Case+Citation:\]\)\[Group+citemenu:\]/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofiocgi.exe/historic/query=|Group+109+U.S.+3:|([Level+Case+Citation:])[Group+citemenu:]/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?)> Acessado em: 22/05/ 2001. “Under the Fourteenth Amendment it is **state action of a particular character** that is prohibited. Individual invasion of individual rights is not the subject matter of the amendment. It has deeper and broader scope. It nullifies and makes void **all State legislation, and State action of every kind, which impairs the privileges and immunities of citizens of the United States or which injures them on life, liberty and property without due process of law, or which denies to any of them the equal protection of the laws.** [sem grifos no original].

ensejo, a Décima Quarta Emenda dirigiu-se aos governos estaduais, permitindo que, em caso de violação dos direitos nela apostos, o Congresso legislasse para remediar a situação, e as Cortes federais revisassem os atos estaduais atentatórios desses direitos.*

A Décima Quarta Emenda oportunizou, assim, o controle de constitucionalidade, pela Suprema Corte, dos atos estaduais que privassem os cidadãos de *privilegios e imunidades* ou as pessoas dos direitos de *vida, propriedade e liberdade* sem o devido processo legal, ou que lhes denegassem a *igual proteção* das leis. Permitiu, também, ao Congresso, legislar para sanar atos estaduais que recaíssem em uma dessas categorias. Todavia, a Emenda não foi aprovada com o escopo de alterar profundamente a estrutura federativa norte-americana, e, tampouco, minar a autonomia local e a *local self rule*. Por isso, o controle exercido pela Suprema Corte sobre os atos estaduais é apenas supletório; a Emenda não conferiu à Corte máxima a posição de um Tribunal de Apelos, situado acima das Supremas Cortes estaduais. Então, a Suprema Corte não se transformou, através da Décima Quarta Emenda, em uma instância recursal superior às Cortes estaduais, para a qual o litigante pode recorrer sempre que estiver descontente com a decisão proferida pela Corte estadual, visando à alteração do decidido. A situação de Corte Constitucional da Suprema Corte foi mantida, isto é, sua competência continuou restrita a questões envolvendo a Constituição dos Estados Unidos e as leis federais; ela não reexamina fatos e provas, nem rejulga a demanda, como também não possui competência revisória sobre as manifestações das Cortes dos estados quanto à adequação dos atos estaduais às constituições estaduais.

Isto quer dizer que a autoridade conferida à Suprema Corte pela Décima Quarta Emenda limita-se à determinação da adequação da *state action* (judicial, legal ou administrativa) à Constituição dos Estados Unidos e às leis federais, ou seja, cumpre-lhe julgar se a linha de arazoamento da decisão judicial, ou o ato administrativo ou a lei que serviram de base fundante à decisão recorrida são constitucionais. Feita esta apreciação, três alternativas se abrem: a) se a Suprema Corte reafirmar a decisão da Corte inferior, sua decisão é final e conclusiva, fechando o caso; b) se a Suprema Corte anular, reformar ou modificar a decisão proferida na Corte inferior, pode seguir dois caminhos: b.1) devolver o caso à Corte inferior, determinando que esta chegue a uma nova decisão, apontando os rumos decisórios para o caso; b.2) – o

* Impende frisar, mais uma vez, que estas regras aplicam-se exclusivamente para o controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte sob a batuta da Décima Quarta Emenda, no que diz respeito aos direitos individuais e aos direitos apostos no *Bill of Rights*. O controle de constitucionalidade de atos estaduais referentes a outros temas, expostos no corpo da Constituição norte-americana, dá-se de outras formas e já acontecia mesmo antes do advento da Emenda referida.

caminho mais corriqueiro²⁴⁰ – devolver o caso à Corte inferior para reexame, deixando-lhe grande abertura de atuação por não apontar soluções, manifestando-se apenas sobre alguns tópicos.²⁴¹

Questões acerca da adequação de atos estaduais com as constituições dos estados não são de competência da Suprema Corte, mas das Cortes estaduais, cuja manifestação, nesses casos, é final e conclusiva, ainda que qualificável como *injusta, arbitrária e desarrazoada*. Mesmo a ocorrência de erros e irregularidades na *construção* e interpretação das leis estaduais pelas Cortes dos estados não é capaz de ensejar isoladamente a competência revisória da Suprema Corte. Somente quando a decisão estadual ferir um direito tutelado pela Constituição dos Estados Unidos ou pela legislação federal é que se terá uma questão para a Suprema Corte. Se for preenchida esta condição, a competência da Suprema Corte estará presente,²⁴² não importando se foi a linha decisória adotada pela Corte estadual, se foi um erro ou se foi a lei ou ato administrativo que funcionou como lastro para a decisão que feriu a Constituição dos Estados Unidos.

Não obstante o exercício dessa forma de controle, o governo nacional não retirou dos estados a posição de guardiões primários dos direitos individuais e, de acordo com um dos objetivos da Décima Quarta Emenda, não alterou profundamente a formulação federativa norte-americana:

*“Mas, de acordo com a emenda, a competência da corte federal é meramente determinar se o Estado, por alguma ação oficial, proveu o devido processo legal substantivo ou se falhou neste dever; e se a negação do devido processo legal aparece, ela pode apenas declarar os procedimentos nulos. O poder do governo federal ordinariamente finda com este ato. Assim, o dever primeiro de prover a proteção da vida, liberdade e propriedade pelo devido processo legal repousa ainda nos Estados, e a Décima Quarta Emenda opera meramente como uma garantia adicional às constituições dos Estados contra ataques dos Estados nos direitos fundamentais, os quais os governos são criados para assegurar. Ela não muda radicalmente toda a teoria das relações dos governos estadual e federal entre si e com o povo.”*²⁴³

Também no que concerne à questão federativa e ao respeito a *local self rule*, a Décima Quarta Emenda não possui um feitiço unificador da legislação e da jurisprudência dos estados. O devido

²⁴⁰ É por este motivo que, com certa frequência, a parte que ganhou na Suprema Corte, perde nas Cortes estaduais, as quais, ao rejeitar o caso, utilizam-se de outros fundamentos – deixando de lado os inconstitucionais anteriormente usados – e mantêm o veredicto inicial. SILVEIRA, Paulo Fernandes. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 130-131.

²⁴¹ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 82 e ss.

²⁴² É importante anotar que, desde 1925, a competência da Suprema Corte não é compulsória. Ela não é regida pelo princípio do *non liquet*, gozando de discricionariedade para decidir se julgará um determinado caso ou não, de acordo com seu juízo sobre a conveniência da discussão e o *interesse nacional suscitado pelo caso*. *Id.*, p. 131-132.

²⁴³ McGEHEE, Lucius Polk. *Op. Cit.*, p. 36. “*But under the amendment the authority of the federal court is merely to determine whether the State by some official action has provided due process of law or has failed in that duty; and if the denial of due process of law appears it can only pronounce the Proceedings void. The power of the federal government ordinarily ends with that act. Thus the primary duty of providing for the protection of life, liberty, and property by the due process of law rests still with the States, and the Fourteenth Amendment operates merely as a guaranty additional to the States constitutions against encroachments on the part of the States upon fundamental rights, which their governments were*

processo legal e a *igual proteção* são compreendidos como fórmulas flexíveis, aptas a receber moldes diversos, de acordo com exigências espaciais e temporais. São cláusula amplas e vagas, cada uma dotada de um *esqueleto* básico, que pode ser preenchido por *substâncias* diversas. Por conseguinte, cada estado pode reger e regulamentar essas cláusulas da forma que julgar mais conveniente, desde que tais regramentos não suprimam sua *ossatura* essencial. A formulação do método de execução desses princípios pode variar de estado para estado, e “a *Décima Quarta Emenda não assegura a todas as pessoas nos Estados Unidos o benefício das mesmas leis e das mesmas soluções*”.²⁴⁴

Então, não se pode argüir, com fundamento no devido processo legal e na *igual proteção* da Décima Quarta Emenda, inconstitucionalidade por diferenças de tratamentos, procedimentos e exercício de direitos ofertados por legislações, atos administrativos e decisões judiciais entre estados diversos. Observe-se, a título meramente exemplificativo, que o condenado à morte em um estado que mantém esta pena não pode exigir tratamento igualitário e alegar inconstitucionalidade de sua pena ancorado na diferença de legislação entre seu estado e outro que não a mantém. A jurisdição revisória da Suprema Corte tornar-se-á possível tão-somente se o regramento estadual agredir um caráter essencial, vital, de um princípio, não um acessório. Ter-se-á, à guisa de exemplo, configurada a hipótese de agressão vital se um estado, ao reger o devido processo legal procedimental, negar a acusados de determinado crime o direito de ser ouvido ou de rebater as acusações contra eles forjadas.

Depreende-se, pois, que, no que toca ao controle de constitucionalidade das leis e atos estaduais lesionadores de direitos, e garantias tutelados pelo *Bill of Rights*, a atuação da Suprema Corte será apenas supletória e adicional. O controle primário dessas questões pertence aos estados, que têm larga margem de discricionariedade no regramento desses direitos e garantias. Apenas quando existir uma alegação de violação dos direitos protegidos pela Constituição Federal é que a competência da Corte poderá ser aventada. O simples descontentamento de uma das partes não será capaz de ensejar a competência da Suprema Corte. Ademais, a Corte não deslindará o caso no seu todo, ficando restrita às questões constitucionais que tomaram possível chegada do caso nas suas mãos.

Em síntese, pode-se dizer que a aplicação do devido processo legal é circundada por três premissas. a) a doutrina da *incorporação seletiva*, que permitiu que aos termos vida, propriedade e liberdade, tutelados pelo devido processo legal da Décima Quarta Emenda, fossem inseridos alguns

create to secure. It did not radically change the whole theory of the relations of the State and the federal governments to each other and to the people”.

²⁴⁴ Id., p. 38. “the Fourteenth Amendment does not profess to secure to all persons in the United States the benefit of the same laws and the same remedies”

direitos explicitamente expostos no *Bill of Rights*, tornando-os oponíveis aos governos estaduais e controláveis pelo governo nacional. Isso sem prejuízo da tutela, através das expressões genéricas *vida, propriedade e liberdade*, de direitos não enumerados na Constituição; b) a doutrina da *state action*, que fez do devido processo legal uma cláusula alegável somente quando presente uma responsabilidade estatal, sem atuação em relações meramente privadas ou oponibilidade a atos de particulares; c) o controle de constitucionalidade dos atos estaduais pelo Judiciário Federal ensejado pela Décima Quarta Emenda é um controle adicional e não unificador, que não atua em prejuízo do *status* de Corte Constitucional da Suprema Corte. Compreendidas essas preliminares, passa-se, agora, ao exame do desenvolvimento da *doutrina do substantive due process of law* pela Suprema Corte norte-americana.

2.2 FORJAMENTO, ACEITAÇÃO E APLICAÇÃO DA DOCTRINA DO SUBSTANTIVO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme salientado no capítulo anterior, a seção um da Décima Quarta Emenda foi aprovada e ratificada em termos abstratos, amplos, multifacetários e até mesmo ambíguos. Não eram claros, para os congressistas, juristas e estudiosos, os significados das expressões *privilegios e imunidades, devido processo legal e igual proteção*. Este caráter redacional deveu-se, em grande parte, à profunda questão plantada no período pós-bélico: a necessidade de inserir, no texto constitucional, princípios fundantes, dotados de alto teor *valorativo*, a fim de inspirar e de guiar a comunidade política. Esta seção da Emenda não era vislumbrada como um texto técnico a ser aplicado e executado diretamente pelas Cortes de Justiça, mas antes um grande guia político e *moral*, a ser implementado pelo Congresso, através dos poderes a ele conferidos pela seção cinco da mesma Emenda.*

Inicialmente, o Congresso dedicou-se a tal empreitada, produzindo textos legais destinados a implementar a primeira seção da Décima Quarta Emenda. Dessa forma, em plena consonância com o pretendido pelo 39º Congresso, o Poder Legislativo nacional consubstanciava-se no intérprete primeiro da Emenda. Todavia, a atuação congressual, conforme já salientado no capítulo antecedente, não foi capaz de clarificar e precisar o significado dos amplos princípios nela contidos, mostrando aptidão para excluir somente algumas dissensões menores e eliminar algumas hipóteses. A dinâmica do Congresso era tal que uma multiplicidade de visões sobre a seção um persistia, apesar da aprovação de leis que sobre ela versavam. Um consenso sobre o teor da seção um não foi formado nem, tampouco, foi elaborada uma teoria ou uma doutrina coesa de seu significado**.

* Vide supra, Capítulo I, subitens 1.3.1 e 1.3.2.

** Vide supra, Capítulo I, subitens 1.3.1 e 1.3.2.

No momento em que o Partido Republicano deixou de ocupar a maioria na Câmara, teve lugar uma grande alteração: o Congresso perdeu seu posto de primeiro intérprete da Décima Quarta Emenda. Sem a maioria Republicana, a seção cinco parou de ser largamente invocada. Assim, não mais o Congresso legislava para interpretar, definir e implementar os ditames da Emenda, o que, todavia, não se constituiria em um fator impeditivo da execução e aplicação dos princípios da seção um, por serem todos *auto-executáveis*, ou seja, argüíveis frente às Cortes em caso de violação concreta. As portas das Cortes Federais de Justiça abriam-se, assim, para as demandas que versavam diretamente sobre a seção um da Décima Quarta Emenda e tais Cortes assumiram o lugar interpretativo dantes ocupado pelo legislador nacional. Por esta via, à Suprema Corte caberia manifestar-se e definir o sentido das cláusulas dos *privilégios e imunidades, devido processo legal e igual proteção*²⁴⁵.

Desse modo, as cláusulas da primeira seção da Décima Quarta Emenda passaram para o campo dos tribunais com um intensíssimo grau de abstração, capazes de abarcar diversos significados. As vagezas, ambivalências, e também as confusões que assolaram as mentes dos *framers* da Emenda e dos congressistas que os sucederam, transmitiram-se, através da linguagem das cláusulas da seção um, aos membros do Poder Judiciário. Praticamente todas as dicotomias que se faziam presentes diante dos congressistas chegaram intactas às Cortes. Os únicos pontos de unanimidade sobre seu conteúdo eram provenientes da multifacetada retórica utilizada pelo 39º Congresso, a qual encampava os símbolos da *liberdade* e da *igualdade* – fundados na *higher law*, no *direito natural*, nos direitos dos cidadãos e em seus contrapesos –, a questão federativa e a tradição da *local self rule*. Mas estes pontos não eram de muita ajuda, pois, dada a abstração com que esses conceitos foram laborados, eles eram incapazes de fornecer um roteiro preciso e seguro para a solução de controvérsias concretas pelas Cortes. Estas agora teriam de lidar com a fluidez do texto da Emenda e com a complexidade e pluralidade dos elementos constantes da retórica dos *framers* da Décima Quarta Emenda.²⁴⁶

Em que pese a maior possibilidade dos juizes, individualmente, e das Cortes de Justiça – formadas por poucos membros e adaptadas a responder tópicos constitucionais de forma técnica e mais precisa – elaborarem uma teoria coesa e uniforme dos princípios da Décima Quarta Emenda, uma tal formulação não se tornou realidade de pronto. Logo nos primeiros anos, os juizes se depararam com quase todas as questões práticas que haviam se colocado aos congressistas, e os diferentes rumos interpretativos oportunizados pelo alto nível de abstração das cláusulas geraram um grande contingente de decisões conflitantes acerca de seus teores. Os litígios deslindados pelas Cortes estaduais não ofertaram respostas, apenas auxiliaram a isolar um dos tópicos centrais referentes à interpretação da seção

²⁴⁵ Cf. NELSON, William E. Op. Cit., p.148 e ss.

um da Décima Quarta Emenda: se esta seção seria apenas garantidora de igualdade de tratamento – *equal amendment* – ou se seria capaz de criar direitos – *rights amendment*– isto é, levar para a seara estadual direitos tutelados pelo *Bill of Rights*. *

Paralelamente a esses problemas internos às Cortes, referentes ao *como* precisar, conceituar e aplicar cláusulas altamente abstratas a casos concretos, situações exteriores se somavam, dificultando ainda mais a tarefa do órgão judicante. De um lado, apresentava-se a impossibilidade de recurso ao costume e à tradição para a impressão de sentido às cláusulas, pois um dos objetivos da Décima Quarta Emenda era justamente derrubar os produtos da tradição escravista arraigada na sociedade norte-americana. De outro lado, nos dez anos que se seguiram à ratificação da Emenda, houve um enorme desenvolvimento econômico e social, acompanhado do declínio do evangelismo e da relativização moral. Muitos dos princípios anti-escravistas que embeberam a Décima Quarta Emenda mostraram sua fraqueza, pois eram utilizados de formas diametralmente opostas para fundamentar opiniões antagônicas, anotando a falência da tentativa de transformar *verdades* oriundas de um *absolutismo moral* em pedra angular de uma teoria constitucional. Dentro deste cenário, a ambiência de aplicação da Décima Quarta Emenda não correspondia ao clima de sua aprovação e ratificação.²⁴⁷

À junção das cisões interpretativas das cláusulas da Décima Quarta Emenda com esses fatores externos conjunturais, somou-se o pensamento dominante dos juristas sobre controle de constitucionalidade: este seguiu compreendido em seu viés tradicional, moderado, ou seja, susteve-se a noção de que uma inconstitucionalidade só deve ser declarada pelo Poder Judiciário em situações de clara violação do texto constitucional. Havendo mais de uma possibilidade razoável diante da Constituição, aos juizes caberia respeitar a escolha dos demais ramos governamentais. Então, a vagueza das cláusulas da Décima Quarta Emenda e a ausência de outras fontes seguras para a determinação coesa de seu sentido conduziram a Suprema Corte a uma tomada de posição, levaram-na ao exercício da *legislative deference*, ao respeito às diversas escolhas interpretativas operacionalizadas pelos legislativos estaduais, que acabavam por contar com intenso poder de conformação. Com esta postura da Corte Suprema, as possibilidades exegéticas do devido processo legal ficaram ocultas na aplicação pretoriana e ele não foi utilizado como instrumento impulsionador nem modificador do controle de constitucionalidade.²⁴⁸

²⁴⁶ Cf. NELSON, William E. Op. Cit., p. 146-150. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 140.

* Vide supra, subitem 1.3.2.

²⁴⁷ Cf. NELSON, William E. Op. Cit., p. 174-175.

²⁴⁸ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 148.

Todavia, nos mesmos casos nos quais a Corte Suprema aderiu majoritariamente a este posicionamento, encontra-se a formulação inicial e a sistematização da *doutrina* do devido processo legal substantivo, apostas nos votos dissidentes. Posteriormente, a Corte esposou a articulação *doutrinária* do *substantive due process of law*, tornando definida a *razão abstrata* da versão substantiva desta cláusula e construindo o sentido dos termos *vida*, *propriedade* e *liberdade* por ela tutelados. Essa *virada* marcou o início de uma nova etapa no controle de constitucionalidade, o qual, a partir da aplicação da *doutrina*, adquiriu novos contornos.

Diante do exposto, passa-se, então, a examinar a articulação, a aceitação e a aplicação da *doutrina* do devido processo legal substantivo pela Suprema Corte.

2.2.1 A ARTICULAÇÃO DA DOCTRINA DO SUBSTANTIVO DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS PRIMEIROS PASSOS RUMO À SUA ACEITAÇÃO

Nos primeiros vinte anos da vigência da Décima Quarta Emenda, houve um grande respeito por parte da maioria dos membros da Suprema Corte ao poder de polícia dos estados, bem como ao poder de tributar e de desapropriar. O grau de vagueza das cláusulas constantes da Emenda foi interpretado em favor da liberdade de conformação dos legislativos estaduais. A Corte não fazia uso do devido processo legal substantivo como mecanismo apto a ensejar um maior controle da constitucionalidade das escolhas dos legisladores estaduais, crendo que o julgamento empreendido por eles merecia especial deferência.

Entre 1873 e 1884, surgiram diversos casos nos quais figuravam em pólos opostos o poder de polícia dos estados e as limitações constitucionais protetoras da liberdade contratual e da propriedade. A Corte manteve firme seu posicionamento de não revisar julgamentos e escolhas dos poderes legislativos estaduais e nacional, afirmando, inclusive, que, havendo descontentamento popular com as políticas legislativas, o espaço adequado para a reclamação seria o das urnas, e não o das Cortes de Justiça.²⁴⁹ Assim agindo, a Suprema Corte subestimou o papel revisório que a Décima Quarta Emenda lhe conferia, bem como recusou-se a aceitar uma geração de convites para imprimir um controle material de constitucionalidade dos atos estaduais através do devido processo legal substantivo.

Entretanto, foram justamente esses casos surgidos entre 1873 e 1884 que ofereceram espaço para a articulação e sistematização da *doutrina* do devido processo legal substantivo. Durante a *Waite Court* (1874-1888), nos votos dissidentes dos *Justices* Field e Bradley, foi sustentado o pensamento de que a Quinta e a Décima Quarta Emendas à Constituição, por intermédio da cláusula *due process of law*,

abarcavam limitações substantivas ao poder de polícia do Congresso e dos estados, respectivamente. Em seus votos dissidentes, esses *Justices* reconheciam o poder de polícia dos estados para cercear a liberdade e a propriedade, mas pugnavam pela existência de um propósito público válido, apto a justificar a medida legislativa constritora. Eles se negavam a admitir constrições desses direitos que não estivessem claramente ancoradas na segurança, saúde e moral públicas, promovendo, desse modo, o interesse público e o bem-estar da comunidade. Em sua linha de raciocínio, as medidas interventoras que não contassem com esses qualificativos deveriam ser tomadas como desarrazoadas e arbitrárias, não merecendo validação pelo Poder Judiciário. Nas exposições de *Justice Field*, fica clara sua crença na capacidade de a cláusula *due process of law* impor limites substantivos ao exercício do poder de polícia e na autorização que essa cláusula confere às Cortes para adentrarem no mérito de um ato normativo constritor da *liberdade* e da *propriedade* ao avaliarem sua constitucionalidade.

A primeira manifestação da Suprema Corte sobre a Décima Quarta Emenda e o potencial impulsor do controle de constitucionalidade dos atos estaduais restritivos da liberdade e da propriedade ensejado pela cláusula do devido processo legal deu-se nos *Slaughter House Cases*.²⁵⁰ Neste caso pioneiro, o caso dos matadouros, questionava-se a constitucionalidade de uma lei do estado da Louisiana que concedia a uma companhia, criada pelo mesmo ato legislativo, o direito exclusivo de possuir e manter matadouros, currais e abatedouros em *New Orleans, Jefferson* e *St. Bernard* por vinte e cinco anos. A lei proibía qualquer outra pessoa – física ou jurídica – de possuir ou manter esse tipo de estabelecimento, de modo que todos os animais destinados ao consumo humano deveriam ser levados para o espaço pertencente à companhia, para serem lá criados e abatidos. Qualquer pessoa poderia exercer a atividade de açougueiro nas dependências da companhia, mediante o pagamento de uma quantia *razoável*, a ser computada por animal. À desobediência cominava-se pena de multa. A medida legislativa foi justificada pelas necessidades da saúde pública e do conforto da população.²⁵¹

Por um lado, os litigantes que questionavam a constitucionalidade desta medida alegavam a formação de um monopólio, dada a exclusividade da concessão a *Crescent City Co.*, e o ferimento da Décima Terceira e da Décima Quarta Emendas à Constituição. Esta, pela constrição não equânime da liberdade de possuir uma profissão e de exercê-la, ou seja, uma restrição injustificada de uma das liberdades protegidas pelo devido processo legal e, também, pela obstaculização desarrazoada dos meios

²⁴⁹ Esta afirmação foi produzida no caso *Munn v. Illinois*, e consta do voto do *Justice Waite*. Cf. *Munn v. Illinois*. 94 U.S. 113 (1876). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=\[Group+94+U.S.+113:\]\(\[Level+Case+Citation:\]\[\[Group+citemenu:\]\)/doc/{@1}/hit_headings/vords=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=[Group+94+U.S.+113:]([Level+Case+Citation:][[Group+citemenu:])/doc/{@1}/hit_headings/vords=4/hits_only?)» Acessado em: 22/05/2001.

²⁵⁰ *Slaughter House Cases*. 83 U.S. 36 (1873). Disponível em: «<http://caselaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=83&invol=36>» Acessado em: 22/05/2001.

²⁵¹ *Id.*

de adquirir propriedade, direito também sob a tutela da cláusula. Aquela, pela impossibilitação de exercício da profissão, que seria capaz de conduzir os açougueiros a uma condição análoga à da servidão. Por outro lado, a favor da medida constritiva, argumentava-se que o Parlamento inglês sempre exercera o poder de ofertar concessões exclusivas, quando necessário, e, ademais, a regulamentação do exercício profissional encontrava-se dentro do poder de polícia dos estados, não havendo possibilidade de controle pelo Judiciário Federal.²⁵²

A Suprema Corte, em sua maioria, sustentou a lei de Louisiana, recusando-se a perquirir-lhe o mérito. Relutou a “*Corte em aceitar sua jurisdição*”²⁵³ para controlar atos dos legislativos estaduais restringindo direitos individuais, “*por não querer tornar-se a censora perpétua de toda a legislação estadual*”.²⁵⁴ Deixou bem claro que estes direitos continuariam, em sua maior parte, sob a proteção dos estados, sem revisão do governo nacional. O voto da maioria foi da lavra do *Justice* Miller, mas não foi construído autonomamente, e sim como uma resposta aos votos dissidentes dos *Justices* Field e Bradley, os quais imprimiram ao devido processo legal um papel impulsionador do controle de constitucionalidade dos atos legislativos estaduais.²⁵⁵

Justice Field negou a legitimidade do poder de polícia do estado da Louisiana para formular a lei questionada, afirmando que ela instituía um monopólio, ferindo a liberdade econômica, e que ela claramente transferia, sem motivo razoável, riquezas de um grupo para outro. Nos fatos, *Justice* Field não vislumbrou a existência de uma finalidade apta a promover o bem-estar público nas constrições a estes direitos e, por isso, classificou a lei como uma perversão do poder de polícia, pois estava sendo utilizada em favor dos interesses privados dos dezessete donos da *Crescent City Co.* Segundo seu tirocinio, a cláusula *due process of law* impedia este desvirtuamento, permitindo a restrição dos direitos de *vida, propriedade e liberdade* apenas em situações em que houvesse um propósito público válido a motivá-la.²⁵⁶

Em sua argumentação, fez uso dos temas básicos dos proponentes da Décima Quarta Emenda e de seus predecessores no movimento anti-escravista, procurando transformar em *doutrina* a retórica pré-belica, que articulou ao caso, combinada com os argumentos de *higher law*, *direitos oriundos de uma sociedade livre e igualdade*. Asseverou que a Décima Quarta Emenda garantia igualdade entre os

²⁵² *Id.*

²⁵³ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte...* Op. Cit., p. 94.

²⁵⁴ *Id.*, p. 94.

²⁵⁵ O caso foi decidido por cinco votos contra quatro, tendo os *Justices* Field, Bradley, Swayne e Chase proferido os dissidentes *Slaughter House Cases*. 83 U.S. 36 (1873). Cit.

²⁵⁶ Cabe informar que *Justice* Field considerou duas medidas adotadas pela lei de Louisiana como razoáveis e conexas com o interesse público: uma que determinava a inspeção dos animais a serem abatidos e outra que determinava que o abate fosse realizado fora da área urbana. *Id.*

cidadãos dos Estados Unidos e inibia a concessão de privilégios especiais e exclusivos como os concedidos pela lei questionada. Por isso, a Emenda proibia legislações *parciais*, que beneficiassem apenas uma classe específica. Disse também que os cidadãos possuíam direitos inalienáveis, produtos de uma *higher law* e típicos de uma *sociedade livre*, e que dentre tais direitos estava a liberdade de escolha e de exercício de uma profissão, direito ligado diretamente ao de adquirir propriedade, ambos protegidos pelo devido processo legal. Aduziu, ainda, que a Emenda não proibia os estados de constrirem esses direitos, mas salientou que ela exigia que tais constrições fossem **razoáveis**, isto é, que afetassem a todos igualmente, ou que estabelecessem distinções justificáveis através do bem-estar, interesse, saúde e moral públicas.²⁵⁷

A configuração feita por *Justice* Field não foi exacerbada, pois negou à Emenda a capacidade de proteger todo e qualquer direito, conferindo-lhe aptidão para tutelar apenas alguns direitos específicos derivados da tríade *genérica vida, propriedade e liberdade* dotados de fundamentabilidade. Negou a esses direitos um perfil absoluto, salientando que eles eram passíveis de regulações, desde que razoáveis e equânimes, ou seja, que as regulações aos direitos de *vida, propriedade e liberdade* fossem operadas igual e imparcialmente, ou, se fizessem distinções, que elas fossem plenamente escoradas no interesse público. Para ele, a Emenda exigia uma **acomodação** entre as limitações constitucionais – expressas pelos direitos de *vida, propriedade e liberdade* – e as necessidades de regulação do poder público, e a baliza entre a manutenção da liberdade e o atingimento dessas necessidades era o interesse público, manifestado pelo bem-estar, pela saúde e pela moral da comunidade. Entendia que a regulação razoável tinha de apresentar uma relação entre os *fins* pretendidos e os *meios* escolhidos e um **balanceamento** entre a liberdade e as necessidades públicas. Por fim, defendia que o primeiro julgador dessas correlações era o legislador, e, em caráter revisório, os juizes.

Justice Bradley proferiu voto dissidente, no qual afirmou que o poder de polícia era largo, apto a prescrever o modo de exercício de um direito, mas impossibilitado de subvertê-lo. Ele tarjou a lei da Louisiana como um privilégio arbitrário, sem qualquer conexão com um propósito público válido, frisando que ela nada mais fazia além de favorecer alguns indivíduos às expensas de outros. Entretanto, este *Justice* foi mais longe que o anterior, pois alargou o sentido de *privilégios e imunidades*, tornando alguns dos direitos incluídos na tríade *vida, propriedade e liberdade* como absolutos e, portanto, imunes a qualquer regulação estatal. Assim, não apenas a *razoabilidade* da restrição – que ele traduziu como igualdade – era a *intenção* da Emenda, era-o, também, a total proibição da constrição de alguns

²⁵⁷ *Id.*

direitos.²⁵⁸ Sua formulação, se aceita, permitiria um controle bem mais intrusivo no poder de polícia dos estados, o qual produziria uma alteração profunda no federalismo norte-americano.²⁵⁹

O voto de *Justice* Miller, pela maioria, tratou, em grande parte, de questões fáticas e não de direito. Para ele, não era a criação de um monopólio que estava em questão, mas sim um problema de zoneamento, isto é, a determinação de onde uma determinada atividade deve ser realizada em uma cidade. Em seu entender, neste setor, a legislação podia adotar qualquer meio para atingir seus propósitos. Ele compreendeu que não havia um cerceamento indevido da liberdade de exercer uma profissão, uma vez que a lei, oferecendo um espaço para todos e não excluindo ninguém, estaria protegendo razoavelmente o direito. Até este ponto, poder-se-ia dizer que a linha de arrazoamento de *Justice* Miller não diferia da de *Justice* Field, e que suas divergências limitavam-se à análise da razoabilidade da lei diante das circunstâncias: *Justice* Field reputando-a desarrazoada *Justice* Miller, razoável. Isso não corresponde à realidade, todavia. O restante do voto do *Justice* Miller foi destinado ao rebate dos votos dissidentes, através de uma argumentação que apartou drasticamente seu ponto de vista dos votos supra-mencionados.²⁶⁰

Justice Miller entendeu de forma ampla o poder de polícia dos estados e de forma estreita o *due process of law*, o qual, em seu voto, restou reduzido à versão procedimental. Ele arguiu, em conformidade com o viés da *Tradicional Judicial Review*, dominante à época, que somente uma violação clara e insofismável da Constituição permitiria às Cortes de Justiça revisar o ato legislativo, pois, em uma democracia, o cálculo da utilidade de uma medida pertencia ao legislador. Negou, pois, o exame da razoabilidade de um ato legislativo pelo Poder Judiciário. Conferiu um sentido bastante estreito à Décima Quarta Emenda, restringindo seu âmbito de abrangência e o significado de seus termos, afirmando que: a) a aplicação da Emenda dar-se-ia somente em relação a discriminações e questões referentes à situação dos negros; b) o devido processo legal possuía apenas um aspecto procedimental, não permitindo controle material de constitucionalidade; c) a cláusula *privilegios e imunidades* da Emenda possuía o mesmo sentido do artigo 4 da Constituição, ou seja, abrangia direitos derivados ou diretamente ligados à existência do governo nacional; d) existia uma dupla cidadania, uma estadual e outra federal, cada qual regulando direitos próprios.²⁶¹

²⁵⁸ *Justice* Bradley decidira o caso em instância inferior, atuando como *Circuit Justice*, neste mesmo tom, reformado pela Suprema Corte. Em seu voto, salientou a origem inglesa do princípio *due process of law*, situada na Magna Carta de 1215. *Id.*

²⁵⁹ Nesse sentido: NELSON, William E. Op. Cit., p158.

²⁶⁰ *Slaughter House Cases*. 83 U.S. 36 (1873). Cit.

²⁶¹ *Id.*

A leitura da Décima Quarta Emenda feita por *Justice* Miller e esposada pela Corte foi literal, e ensejaria a inutilização da Emenda, mantendo praticamente intacto o poder de polícia dos estados, a não ser no tocante às questões raciais postas entre negros e brancos. Os argumentos que utilizou foram ventilados no 39º Congresso, mas não com o cunho exclusivista que ele lhes conferiu. Os proponentes da Emenda efetivamente discutiram largamente a questão racial entre negros e brancos, mas não só; preocuparam-se também com os problemas enfrentados por outras raças e pelos *unionistas* residentes no sul. Não pretendiam uma alteração radical no federalismo, mas também não optaram por uma alteração tão sutil quanto a do *Justice* Miller. Deliberaram sobre quais direitos estariam incluídos em privilégios e imunidades, e nos termos *vida, propriedade e liberdade*, mencionando os decorrentes da *cidadania nacional*, mas sem se adstringirem tão-somente a eles, mencionando muitos outros, principalmente os descritos no caso *Corfield v. Coryell*. Conclui-se da soma desses fatores que a abordagem do *Justice* Miller era dotada de pouca sedimentação na história de confecção e aprovação da Décima Quarta Emenda. Da mesma forma, mas por motivos diversos, o voto do *Justice* Bradley também continha um afastamento da história congressual da Emenda, pois ao absolutizar alguns direitos e excluir totalmente a possibilidade de sua restrição pelos legislativos estaduais, ampliava demais os poderes revisórios das Cortes nacionais, produzindo radical alteração da estrutura federativa, consequência não intencionada pelos *framers* da Décima Quarta Emenda. O *Justice* Field, por seu turno, conseguiu produzir uma interpretação das cláusulas da Emenda que harmonizava seus objetivos com seu histórico, atingindo uma construção moderada.²⁶²

A adesão da Corte ao posicionamento de Miller praticamente anulou a Décima Quarta Emenda e suas cláusulas. “*O precedente bloqueou temporariamente a exploração pretoriana do due process como mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e seus agentes.*”²⁶³ Ao deslindar novos casos, versando sobre tópicos ligados ao devido processo legal da Décima Quarta Emenda, a Corte manteve o posicionamento tomado nos *Slaughter House Cases*, mas os *Justices* Miller, Bradley, Swayne e Harlam seguiram a trilha de elaboração e aperfeiçoamento da *doutrina* do devido processo legal substantivo, cujo primeiro passo fora dado neste caso. Eles insistiram no aspecto substantivo da cláusula, ou seja, que ela impunha limites materiais ao Congresso e aos legislativos estaduais, permitindo às Cortes revisar-lhes o mérito. O *Justice* Field foi sensivelmente contrário às legislações que adotavam como *meio* o

²⁶² Nesse sentido: NELSON, William E. Op. Cit., p. 156-157; 164-167; 172-174; 187-191. KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 98-105; 110-112; 213. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 148.

²⁶³ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Op. Cit., p. 50.

cerceamento da *vida, propriedade* ou da *liberdade* sem promover um *fim* escorado no interesse público.²⁶⁴

Os casos *Bradwell v. Illinois* e *Bartemeyer v. Iowa* são hábeis a demonstrar a divisão na Suprema Corte quanto à construção da *doutrina* do devido processo legal substantivo. No primeiro, alegava-se a inconstitucionalidade de uma lei de Illinois, que proibia Bradwell, uma mulher graduada em direito, de ingressar na Ordem dos Advogados do estado, exclusivamente por causa de seu sexo.²⁶⁵ No segundo, discutia-se a constitucionalidade de uma lei de Iowa, a qual proibia a venda de bebidas alcóolicas.²⁶⁶ Em ambos as leis foram sustentadas pela Suprema Corte. Em que pese a diferente argumentação utilizada em cada uma das decisões, nelas pode-se verificar com clareza a dicotomia presente no seio da Corte quanto ao teor das cláusulas da Décima Quarta Emenda: o *Justice* Miller, expressando o consenso da maioria, recusou-se a adentrar no mérito das escolhas legislativas, mantendo firme a interpretação feita nos *Slaughter House Cases*. Em *Bartemeyer*, o *Justice* Miller negou o pedido alegando que este recaía no mesmo princípio que guiara a decisão dos *Slaughter House Cases*. Os *Justices* que haviam divergido nos casos dos *matadouros* também sustentaram as leis, mas sua motivação foi bem diversa daquela da maioria da Corte. Enquanto a maioria não perquiriu o mérito das escolhas legislativas, nem lhes verificou a razoabilidade, crendo que a Emenda não conferia poderes revisórios, o *Justice* Field e os seus correligionários o fizeram. Eles sustentaram as leis após verificarem seu conteúdo e, a partir das circunstâncias de cada caso, consideraram-nas razoáveis, pois reconheciam nelas conexão *meio-fim*. No momento em que optaram pela razoabilidade das medidas, colocaram em prática a *doutrina* do devido processo legal substantivo antes articulada e o controle de constitucionalidade por ela proporcionado.²⁶⁷

²⁶⁴ Em 1884, a Corte deparou-se novamente com esta lei de Louisiana discutida nos *Slaughter House Cases*. Foi no caso *Butcher's Union Co. v. Crescent City Co.* Tratava-se de uma reclamação da *Crescent City Co.*, que questionava dois artigos da nova Constituição da Louisiana que, com proibições, feriam privilégios de vinte e cinco anos concedidos pela lei anterior. A Suprema Corte não aceitou essa alegação, afirmando que o poder constituinte estadual não ficava vinculado por atos legislativos anteriores. Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 105-106.

²⁶⁵ Bradwell alegava a inconstitucionalidade da lei pela arbitrariedade da classificação que ela estipulava, sem nenhuma fundação no interesse público. A litigante sentia-se privada de exercer sua liberdade profissional sem um motivo razoável que justificasse esta constrição à sua liberdade e sua possibilidade de adquirir propriedade. Este caso não chamou a atenção no período em que foi decidido, tornando-se conhecido após a Revolução Feminina, dado o caráter sexista das manifestações dos *Justices* da Suprema Corte. Todavia, funcionou como espaço para a melhor articulação da *doutrina* do *substantive due process of law* por *Justice* Field e seus correligionários. Cf. NELSON, William E. Op. Cit., p. 165-166; 178. RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte...** Op. Cit., p. 95. BERGER, Raoul. Op. Cit., p. 40.

²⁶⁶ Bartemeyer fora condenado pela venda de um copo de *whisky*. Alegou o ferimento dos privilégios e imunidades e a intrusão do poder público em sua propriedade, pois possuía estoques de bebidas alcóolicas, adquiridos antes da aprovação da lei. Os argumentos deste litigante foram rejeitados por unanimidade. Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 104. NELSON, William E. Op. Cit., p. 166-167; 178.

²⁶⁷ Em Bradwell, a lei foi sustentada por estes *Justices* porque eles encontraram razoável lastro no interesse público. Foram manifestações sexistas, admitindo que a classificação feita pela lei não era desigual, pois que fundada na natureza das coisas, em diferenças notórias entre os dois sexos. Apenas um *Justice*, Chase, que votara com Field nos *Slaughter House Cases*, reputou a medida desarrazoada. Aquela manifestação sobre o razoável, apesar de repugnante hodiernamente, manifesta uma das características do *due process of law*: o razoável varia de época para época e de sociedade para sociedade. Em Bartemeyer, a medida constritiva foi considerada razoável por aqueles que analisaram seu mérito porque a proibição da

A seguir, a Suprema Corte manifestou-se sobre o significado do devido processo legal da Décima Quarta Emenda no caso *Mum v. Illinois*,²⁶⁸ que versava sobre a constitucionalidade de uma lei de Illinois que fixava preços e tarifas máximos a ser cobrados pelos armazéns e elevadores de grãos na cidade de Chicago e outros municípios do estado com mais de cem mil habitantes. A *opinion* da Corte foi pronunciada por *Chief Justice* Waite, que optou pela constitucionalidade da lei, situada dentro do poder de polícia dos estados. *Justice* Waite não averiguou a razoabilidade da lei e afirmou literalmente o *approach* da *Tradicional Judicial Review*: “Toda lei é presumivelmente constitucional. As Cortes não devem declarar uma lei inconstitucional a menos que ela claramente o seja. Se houver uma dúvida, a vontade expressa do legislador deve ser mantida.”²⁶⁹ Salientou também a impossibilidade de as Cortes de Justiça revisarem a razoabilidade das escolhas legislativas: “Para proteger-se contra abusos das legislaturas, o povo deve recorrer às urnas e não às cortes”.²⁷⁰

Aparentemente, o voto majoritário excluía peremptoriamente a *doutrina* do devido processo legal substantivo e seu consentâneo, qual seja, uma nova versão do controle de constitucionalidade dos atos normativos constritores de direitos de *vida, propriedade e liberdade*. Pareceu soar como uma completa reafirmação do princípio decisório que guiou os *Slaughter House Cases*. No entanto, os termos justificadores da decisão mudaram, e esta mudança deixou entrever um grande passo em direção à *doutrina* formulada pelo *Justice* Field nos *Slaughter House Cases*. Primeiramente, porque o *Justice* Miller abandonou as noções de que a Emenda destinava-se a tutelar apenas questões raciais entre negros e brancos e que estipulava uma dupla cidadania. Em segundo lugar, porque o *Justice* Waite disse que o *due process of law* da Décima Quarta Emenda não restringiria o poder de polícia dos estados, **quando esse poder fosse usado para regular negócios afetados pelo interesse público**.²⁷¹ Como ele tomou os armazéns e elevadores de grãos como integrantes desse **tipo** de atividade comercial, optou pela constitucionalidade da medida fixadora de preços, sem penetrar na discussão de sua razoabilidade. Mas,

venda de bebidas alcoólicas foi tida como diretamente ligada ao interesse, à moral e à saúde públicas. Cf. NELSON, William E. Op. Cit., p. 178. Sobre a característica do *due process of law*, vide infra, Capítulo IV, item 4.1.2:

²⁶⁸ *Mum v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876). Cit.

²⁶⁹ *Id.* “Every statute is presumed to be constitutional. The courts ought not to declare one to be unconstitutional unless it is clearly so. If there is a doubt, the expressed will of the legislature should be sustained.” [sem grifos no original].

²⁷⁰ *Id.* “For the protection against abuses by legislatures, the people must resort to the polls, not to the courts.”

²⁷¹ Esta categoria foi tomada de empréstimo da *common law* inglesa, na qual era estabelecido que “when a private property is affected with a public interest, it ceases to be *jus privati* only”, e foi assim definida no caso: “Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence and affect public at a large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in such use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created. He may withdraw his grant by discontinuing the use, but, so long as he maintains the use, he must submit to the control.” Alguns fatores identificadores de negócios afetados pelo interesse público foram ofertados: a) os quais se exercem por meio de concessões pública; b) nos quais o proprietário é obrigado a atender a todos; c) nos quais o empreendimento realizado é de utilidade pública; d) os quais têm natureza de monopólio. Foram, também, mencionados exemplos:

se a Corte tivesse optado pelo inverso, classificando-os como **negócios não afetados pelo interesse público?** A condição proposta pelo *Justice Waite* permite concluir que a competência da Corte estaria aberta para avaliar a razoabilidade da medida e inconstitucionalizá-la, se atentatória ao *due process of law*.²⁷²

Em *Hurtado v. California*,²⁷³ decidido alguns anos depois, a Corte aproximou-se ainda mais da doutrina do devido processo legal substantivo. Não adentrou no mérito da lei cuja constitucionalidade era discutida, porém **avisou** que, caso os estados continuassem a fazer uso tão largo de seu poder de polícia, restringindo desarrazoadamente os direitos de *vida, propriedade e liberdade*, a Corte controlaria o mérito dos atos normativos constritores destes direitos, pelos ditames do devido processo legal em versão substantiva. O *Justice Matthews* proclamou pela Corte que um produto do poder arbitrário não seria uma lei. Através de *Hurtado*, “eram os estados avisados de estar toda a espécie de legislação estadual, tratando de direitos processuais ou substantivos, sujeita ao escrutínio da Corte Suprema, sempre que se levantasse a questão de ser ela ou não justa.”²⁷⁴

Um ano depois, a Corte deslindou uma trilogia de casos envolvendo o devido processo legal da Décima Quarta Emenda. Eram os *Chinese Laundry Cases*. Eles traziam novamente à tona a tensão entre o poder de polícia dos estados e as limitações constitucionais no tocante às privações de direitos de *liberdade e propriedade*. Em *Barbier v. Connolly*,²⁷⁵ o voto unânime da Corte Suprema foi formulado pelo *Justice Field*, o qual se recusou a penetrar na discussão da razoabilidade da legislação, por considerá-la *facialmente válida*, uma vez que atingia a todas as lavanderias, e não só as de chineses, como também possuía conexão clara com o interesse público, protegendo a saúde dos trabalhadores. Afirmou que a Décima Quarta Emenda inibia, mas mantinha muito do poder de conformação legislativo, e que as leis

companhias ferroviárias, rodoviárias, portuárias, de transporte coletivo e de cargas, fornecedoras de energia elétrica, aquecimento, gás, água, entre outros. *Munn v. Illinois*. 94 U.S. 113 (1876). Cit.

²⁷² Necessário informar que o *Justice Field* não votou com a maioria, pois não concordou com a inserção de armazéns e elevadores de grãos na categoria negócios afetados pelo interesse público. Ele disse que se estas atividades fossem assim compreendidas, o conceito tornar-se-ia tão amplo que abarcaria qualquer outra. A ampliação do conceito, segundo este *Justice*, teria o condão de retirar o caráter de fundamentabilidade constitucionalmente garantida à propriedade e de desvirtuar a doutrina do *substantive due process of law*. Explica-se: negócios afetados pelo interesse público admitem regulação estatal. Se este conceito fosse muito alargado, qualquer destinação da propriedade poderia ser encaixada nele. A propriedade estaria, então, à mercê das regulações constritivas elaboradas pelas maiorias legislativas. E estas, por regularem negócios afetados pelo interesse público, escapariam ao controle de razoabilidade. *Id.*

²⁷³ *Hurtado v. California*. 110 U.S. 516 (1884). Cit.

²⁷⁴ RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte...** Op. Cit., p. 96.

²⁷⁵ A lei municipal, de San Francisco, proibia o funcionamento de negócios destinados a lavar e passar roupas entre vinte duas e seis horas. Os principais proprietários e trabalhadores de lavanderias, chineses, alegavam que a lei fora desenhada para discriminá-los e favorecer os estabelecimentos mantidos por brancos. Cf. NELSON, William E. Op. Cit., p. 188. KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 106, nota nº 30.

deviam ser **presumidas constitucionais**. No caso seguinte, *Soon Hing v. Crowley*,²⁷⁶ foi seguido o mesmo raciocínio. Já no terceiro caso, *Yick Wo v. Hopkins*,²⁷⁷ o resultado foi outro: embora a lei fosse *facialmente válida* – não classista e conectada com o interesse público –, sua aplicação pelos agentes da administração estava sendo desviada. A Corte não concordou com isto, opinando que a lei, em si, era constitucional, mas a aplicação com *olho maldoso* e *mão desigual* transformava-a em algo proibido pela Constituição.

Na segunda metade da década de 1880, as decisões da Suprema Corte, apesar de perpetuarem a sustentação de medidas legislativas, deixam entrever que os *Justices* começavam a aceitar os ditames da *doutrina* do devido processo legal substantivo, como formulada pelo *Justice* Field, pois eles passaram a admitir que a Corte, através da cláusula, tinha autorização constitucional para sopesar a razoabilidade dos atos normativos constritores dos direitos de *vida, propriedade e liberdade*. Suas fundamentações não se davam mais no plano da inexistência de formas de controlar materialmente tais atos, mas sim através da afirmação de que as medidas eram razoáveis. Neste período, a Corte ofertou outros avisos de que controlaria leis e atos administrativos restritores de direitos protegidos pelo *due process of law* que escolhessem um *meio* de atuação não razoavelmente adequado ao *fim* que pretendesse atingir, ou cujo *fim* não correspondesse ao interesse público.²⁷⁸

Assim agindo, a Corte coadunou seu entendimento com a *doutrina* do devido processo legal substantivo e, a partir de então, raramente sustentou atos normativos restritivos sem antes examinar-lhes o mérito. A razoabilidade das leis e medidas restritivas estava sendo verificada. Neste rumo, a Corte sustentou quatro leis estaduais, crendo haver conexão entre a medida examinada e um propósito público relevante. Foram os casos *Morgan v. Louisiana*,²⁷⁹ *Mugler v. Kansas*,²⁸⁰ *Kidd v. Pearson*²⁸¹ e *Powell v. Pennsylvania*.²⁸²

²⁷⁶ Era uma lei municipal, também de San Francisco, que regulava horas de trabalho e dias de descanso nas lavanderias. A lei foi considerada facialmente válida, pois havia nela interesse público – proteção dos mais fracos, os trabalhadores – e ela atingia a todos, não apenas chineses. NELSON, William E. Op. Cit., p. 188. KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 106.

²⁷⁷ Tratava-se de lei do município de San Francisco que exigia uma licença especial para o funcionamento de lavanderias em casas de madeira. Em si, a lei era facialmente válida, conectada com o interesse público – proteção contra incêndios – e igualitária, pois atingia a todos. Ocorre que a administração estava negando as licenças tão-somente para chineses. *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886). Disponível em: [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foi/ocgi.exe/historic/quer=\[Group+118+U.S.+356:\]\(\[Level+Case+Citation:\]\[\[Group+citemenu:\]\)/doc/{:@1}/hit_headings/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foi/ocgi.exe/historic/quer=[Group+118+U.S.+356:]([Level+Case+Citation:][[Group+citemenu:])/doc/{:@1}/hit_headings/words=4/hits_only?) Acessado em: 22/05/2001.

²⁷⁸ Centenas de casos estaduais confirmaram este *approach* dado pela Suprema Corte. Os juízes estaduais regularmente invalidavam legislações regulatórias que continham classificações desiguais e que trabalhavam para o benefício de uns poucos às expensas de outros. Ao mesmo tempo, os estados continuavam a estabelecer vigorosas regulações privadoras das liberdades econômicas e da propriedade, e as Cortes sustentavam-nas quando os argumentos eram plausíveis no sentido de sua igualdade e conexão com o interesse público. NELSON, William E. Op. Cit., p. 192.

²⁷⁹ A Corte avaliou o mérito e sustentou uma lei de quarentena de Louisiana, após avaliar-lhe o mérito. Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 106. McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p. 304, 306, 339, 347.

Por fim, antes de passar ao próximo tópico, convém mencionar o caso *Lawton v. Steele*²⁸³. À época, o caso não teve maior repercussão. Todavia, a *opinion* lavrada pelo Justice Brown adquiriu importância manifesta para a doutrina do devido processo legal substantivo, uma vez que nela está escrita a formulação inicial do *teste da razoabilidade*. Tratava-se do questionamento de uma lei que proibia o uso de determinadas redes de pesca e a própria pesca em certos lagos e rios durante o período de reprodução dos peixes. O litigante que estava questionando a constitucionalidade da lei fora pego pescando em local e época proibidos. Por isso, seu material de pesca foi confiscado de pronto, sem qualquer compensação ou processo judicial prévio. Ele alegou, então, privação de sua propriedade sem o devido processo legal. Decidindo o caso, Justice Brown esclareceu os *passos formais* que sua argumentação seguiria, originando, em tal explicitação, o *teste da razoabilidade*, o qual, em linhas gerais, permeia até os dias atuais. Confira-se:

Após explicar o poder de polícia, definindo-o como um poder aceito, que inclui a possibilidade de *constringir* certos direitos individuais em nome de questões essenciais à segurança, à saúde e à moral públicas, o Justice Brown asseverou que este poder é largo, e que cabe aos legislativos, inicialmente, a discricionariedade para utilizá-lo, estabelecendo sua necessidade e quais os meios adequados para atingir o fim público almejado. Porém, assumiu que as Cortes podem revisar a utilização deste poder, o qual somente se justifica ante duas bases: “Primeiro, que o interesse do público em geral, distinto daquele de uma classe particular, careça de tal interferência; e, segundo, que os meios sejam razoavelmente necessários para que se atinja o propósito, e não indevidamente opressivos aos indivíduos”²⁸⁴ Essa afirmação de Justice Brown, como se pode ver, desdobra-se em duas etapas: a) verificação do fim que é intencionado, se ele é efetivamente público e não privado e se este fim requer efetivamente a interferência

²⁸⁰ Colocava-se em questão a constitucionalidade de uma lei do Kansas que proibia a fabricação e a comercialização de bebidas alcóolicas. A Corte sustentou a medida, por entendê-la protetora da moral e da saúde públicas, uma vez que as bebidas alcóolicas são notoriamente prejudiciais. Neste caso foi dito que não seria qualquer lei que dissesse estar promovendo o interesse público que seria acatada pela Corte como um legítimo exercício do poder de polícia pela Corte. Afirmou-se também que as Cortes não eram adstritas tão-somente por formas, mas que podiam olhar para a substância das questões, para verificar se não existiam propósitos escusos e se o legislador não transcendera seus limites. Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 149. ELY Jr, James W. Op. Cit., p. 88-89, 92. NELSON, William. Op. Cit., p. 191. McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p. 180-181, 204, 308, 310, 336, 337, 346, 366, 371. Senate Document 103-6. Op. Cit., p. 1575.

²⁸¹ Era uma lei de Iowa que proibia a fabricação e a comercialização de bebidas alcóolicas. A manifestação da Corte seguiu a mesma linha argumentativa de *Mugler*. Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 106.

²⁸² Tratava-se de uma lei da Pensilvânia que proibia o fabrico e o comércio de margarina. A Corte sustentou a medida regulatória por considerá-la protetora dos consumidores, que poderiam ser enganados e adquirir margarina por manteiga. Justice Harlan frisou o potencial limitador do *due process of law*, mas considerou o ato normativo razoável. Justice Field proferiu um voto dissidente, porque reputou a medida desarrazoada, por ser *class legislation*, isto é, protetora de uma classe (produtores de manteiga) em detrimento de outra (produtores de margarina) sem primar pelo interesse público e sim pelo da primeira classe. Cf. NELSON, William E. Op. Cit., p. 192. McGEHEE, Lucius Polk. Op. Cit., p. 140, 306, 349.

²⁸³ *Lawton v. Steele*. *Lawton v. Steele*. 152 U.S. 133 (1894). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/script/getcase.pl?court=us&vol=152&invol=133>» Acessado em: 22/05/2001.

com um direito *individual*; b) verificação da necessidade e razoabilidade dos *meios* (construção do direito) para o alcance do *fim* pretendido, **bem como** verificação do *meio* quanto a ser ou não indevidamente opressivo aos indivíduos. Aplicando este rumo de raciocínio à lei questionada, o *Justice Brown* concluiu pela sua constitucionalidade, pois, após detectar a privação de um direito tutelado pelo devido processo legal, a propriedade, ele constatou que os *fins* almejados eram legítimos – proteção dos peixes e animais aquáticos para manutenção da possibilidade de pesca no futuro – e o meio – tomada do material de pesca proibido – razoavelmente ligado ao *fim* almejado.

Ao construir a *doutrina* do devido processo legal substantivo, o *Justice Field* admitiu que o julgador primeiro do interesse público em um regime democrático era o Legislativo, mas apregou que esse poder não poderia ser descontrolado, cabendo às Cortes examinar se o legislador respeitara os direitos constitucionalmente assegurados ao editar medidas constritivas. Entendeu, também, que os direitos de *vida, propriedade e liberdade*, protegidos pelo devido processo legal, não eram absolutos, mas sim condicionais, podendo ser restringidos pelo poder de polícia. Mas tal restrição só seria reputada como condizente com o devido processo legal se guardasse relação de correspondência com os *fins* que pretendesse atingir, que deveriam, por sua vez, estar contidos no interesse público. Dessa maneira, caberia ao Judiciário controlar a razoabilidade da construção de direitos de *vida, propriedade e liberdade* constitucionalmente resguardados, a fim de evitar *state actions* arbitrárias, parciais e desprovidas de propósito público. Além disso, o *Justice Field* sustentava serem os atos legislativos dotados de *presunção de validade*, e com isso evitava o exame do mérito de atos normativos *facialmente* constitucionais. Nesta construção do aspecto substantivo do devido processo legal, fica exposto o papel verificativo da Corte, pois o *Justice Field* cria que a razoabilidade estaria presente sempre que o ato normativo operasse adequadamente a ponderação entre as limitações constitucionais e as necessidades do bem-estar público, compreendendo que as exigências do devido processo legal estariam satisfeitas se houvesse uma conexão entre os *fins* almejados e os *meios* escolhidos.

Esta articulação da *doutrina* do devido processo legal substantivo efetuou um enlace entre os chamados elementos extraconstitucionais e a cláusula do devido processo legal. A cláusula passou a funcionar como um canal de *constitucionalização* de tais elementos. Então, ela passou a ser invocada para fundamentar os casos nos quais o controle da constitucionalidade de um ato normativo estivesse calcado nos elementos extraconstitucionais. Assim, a cláusula ligou-se ao controle material de

²⁸⁴ *Id.* p. 136-137. “First, that the interests of the public generally, as distinguished from those of a particular class, require such interference; and, second, that the means are reasonably necessary for the accomplishment of the purpose, and not unduly oppressive upon individuals.”

constitucionalidade dos atos normativos constritores dos direitos de *vida, propriedade e liberdade*. Mas o que ocorreu não foi apenas um elo entre o devido processo legal e os elementos extraconstitucionais. Esta união geraria efeitos significativos nos moldes *Tradicionais* do controle de constitucionalidade, abrindo margem a um novo perfil. Esse novo perfil seria dotado de um intenso feitiço *jusnaturalista*, pois a *doutrina* do devido processo legal substantivo fora elaborada com argumentos forjados sob a insígnia do *contrato social*, da *higher law*, do *direito natural*, dos princípios e direitos oriundos de uma *sociedade livre*, já presentes em alguns casos pré-bélicos classificados como *Ultra Judicial Review*, e na retórica pré-bélica, que, além de impregnar tais elementos, trazia a concepção de igualdade.²⁸⁵

A *doutrina* constitucional articulada por Justice Field e portadora deste novo perfil do controle de constitucionalidade em breve tornar-se-ia o direito do futuro, pois, após um processo de maturação que durou vinte anos, a Corte ofertava claras mostras de que já aderira a seu arrazoado, e, para sua completude, restava apenas a *oportunidade* de declarar inconstitucional um ato normativo através de seus ditames. Na última década do século XIX, a adesão à *doutrina* tornar-se-ia explícita.

2.2.2 A ADESÃO DA SUPREMA CORTE: APLICAÇÃO DA *DOCTRINA* DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO ECONÔMICO

Conforme facilmente depreendido através do exame da matéria dos casos estudados no item anterior, a Suprema Corte labutou com a *doutrina* do devido processo legal substantivo em casos versando sobre a proteção do campo econômico, fundamentalmente a liberdade contratual e a propriedade. Entretanto, a Corte, até então, havia apenas examinado o conteúdo dos atos normativos constritores dos direitos de liberdade e propriedade, questionando-lhes a razoabilidade. Não havia, ainda, optado pela inconstitucionalidade de um ato normativo escorada no devido processo legal substantivo. Logo, porém, a Corte seria impulsionada a perder seus medos de optar pela *irascibilidade* e, por consequência, pela inconstitucionalidade de um ato normativo com base no devido processo legal substantivo, uma vez que *uma avalanche* de casos invadiria a Corte, versando principalmente sobre o poder de polícia dos estados, o cerceamento dos direitos de *vida, propriedade e liberdade* e o interesse público.²⁸⁶

²⁸⁵ Diversas manifestações dos Justices da Suprema Corte tornam patente a associação entre o aspecto substantivo da cláusula *due process of law*, o controle material de constitucionalidade dos atos normativos e as premissas da retórica pré-bélica de *direito natural*, *higher law*, *princípios de uma sociedade livre*, reproduzidas no 39º Congresso, e também com as noções de *contrato social* e *direito natural* mantidas ao longo do processo de independência dos Estados Unidos e nos primeiros anos de vida da nação. À guisa de exemplo, são transcritos alguns trechos do voto do Justice Field, proferido nos *Slaughter House Cases*: "(...) *inalienable rights, rights which are the gift of the Creator, which the law does not confer, but only recognizes.*" Ou: "(...) *those [rights] which of right belong to the citizens of all free governments.*" Ou: Direitos que pertencem a todos os indivíduos "*as a free man and a free citizen*". Cf. *Slaughter House Cases*. 83 U.S. 36 (1873). Cit.

²⁸⁶ Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 115.

O desenvolvimento econômico experimentado pela sociedade norte-americana entre 1880 e 1920 foi estuendo. Lado a lado com este crescimento, as pessoas confrontavam-se com novas necessidades e clamavam pela tutela de interesses que apareciam. O poder público mostrou-se atento às novas contingências e fez uso de seu poder regulatório, envolvendo-se no campo econômico e social, com o intuito de ordenar a sociedade e mantê-la em dia com a novel situação. Os poderes estaduais e nacional visavam atacar os *efeitos colaterais* da impulsão econômica, sem ficar mais a assistir às cenas com a premissa *hands off* em matérias econômicas e sociais, interferindo, deste modo, nos pontos falhos da regulação mercatória.²⁸⁷

Muitos dos casos que chegavam à Suprema Corte espelhavam esta situação: em um pólo, a proteção à liberdade contratual e à propriedade; noutro, a crescente regulação econômica e social, formulada através do cerceamento destes direitos. A Corte, teria, então, de aferir a razoabilidade dos atos normativos interventores na vida econômica e social que cerceavam os direitos de *vida, propriedade e liberdade*. Ao fazer isso, penetraria nos meandros de uma dicotomia profunda: o Estado interventor e regulador *versus* o Estado Liberal e o sistema da livre empresa, contido no *laissez faire*. Sustentada pelo devido processo legal substantivo, a Corte não se furtou ao exame dos julgamentos dos poderes executivos e legislativos, fossem nacionais ou estaduais, buscando averiguar a razoabilidade de seus atos.

A compreensão da Suprema Corte sobre o devido processo legal substantivo atrelou-se, em grande parte, a uma concepção de Estado, qual seja, o Estado Liberal, cuja identidade primordial é a não-intervenção nas searas econômica e social. O ideário smithiano, traduzido pela *mão invisível do mercado*, e o *laissez faire* estavam na ordem do dia e refletiam-se nas decisões judiciais. Assim, os elementos extraconstitucionais introjetados na cláusula *due process of law* assumiram feições economicistas, cujo carro chefe era a liberdade contratual e negocial, vislumbrada em estreita associação com a possibilidade de aquisição de propriedade. As premissas da Corte para com as regulações econômicas e sociais que interferissem com a liberdade negocial e com a propriedade foram estreitas. A liberdade contratual e a teoria do mercado livre embebiavam as mentes dos *Justices*, tornando-os particularmente atentos às medidas regulatórias nestes ramos do convívio social. Nessa esteira, várias leis e atos da administração com conotações interventoras na vida social e econômica que cerceavam a liberdade contratual ou a propriedade foram declaradas inconstitucionais, por irrazoáveis, com fundação no devido processo legal substantivo. Iniciava-se a *Era do substantive economic due process of law*, também conhecida como a *Era do mundo livre de Lochner e Coppage*.²⁸⁸

²⁸⁷ Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p 97-98.

²⁸⁸ A adesão da Suprema Corte ao constitucionalismo *laissez faire* e a consentânea invalidação de medidas interventoras nas searas econômica e social animam o endereçamento de inúmeras críticas à Suprema Corte. Entrementes, há

Pode-se apontar dois casos como pioneiros na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos restritores da liberdade e da propriedade por desarrazoados. São eles *Chicago, Milwaukee and St. Paul Railroad v. Minnesota*²⁸⁹ e *Allgeyer v. Louisiana*.²⁹⁰ A rigor, foi este último o caso pioneiro. Porém, naquele, apesar da negação formal da Corte, ao fundamentar a decisão no *procedural due process of law*, sua linha argumentativa foi calcada na *doutrina* do devido processo legal substantivo, pois era o conteúdo do ato que estava em jogo e não questões procedimentais.

Em *Allgeyer*, discutia-se a constitucionalidade de uma lei da Louisiana que proibia qualquer pessoa ou companhia de firmar contratos de seguro marítimo, no estado, com seguradoras que não estivessem adaptadas às leis locais. Para os casos de desobediência, previa uma pena de multa. *E. Allgeyer & Co.* contratou um seguro marítimo com uma companhia seguradora de Nova Iorque, via correspondência. A seguradora não possuía filiais ou agentes no estado da Louisiana, e suas operações não estavam inteiramente de acordo com as leis desse estado, mas adaptadas à legislação nova-iorquina. *Allgeyer* foi condenado, e arguiu a inconstitucionalidade da lei. O *Justice* Peckham proferiu a *opinion* da Suprema Corte, declarando a inconstitucionalidade da lei estadual, por compreender que:

*“Como construída, nós pensamos que a lei é uma violação da Décima Quarta Emenda da Constituição Federal, porque ela priva os réus da sua liberdade sem o devido processo legal. A lei que proíbe este ato não se torna devido processo legal porque é inconsistente com as provisões da Constituição da União. (...) O ato realizado dentro dos limites do estado, nas circunstâncias deste caso e para os propósitos mencionados, nós o tomamos como um ato apropriado, - um ato para o qual a legislatura estadual não possuía direito de proibir, pelo menos com referência à Constituição Federal. Privar um cidadão deste direito aqui descrito sem o devido processo legal é ilegal. A lei em questão não é devido processo legal, porque ela proíbe um ato que, de acordo com a Constituição Federal, os réus têm o direito de realizar.”*²⁹¹

que se ter cautela na crítica. A Corte, de fato, tendeu a proteger o liberalismo econômico, mas não de forma tão exacerbada como apontam alguns comentadores, destacando-se, no excesso, os autores pátrios. Há que se ter em mente, no exame da *Era do economic substantive due process of law*, três questões: a) durante este, período a Corte sustentou a maior parte das legislações regulatórias, pois não havia nada como uma proibição de regulação econômica; a Corte invalidava as desarrazoadas, mas não todas elas. O número de atos entendidos como inconstitucionais não ultrapassou os considerados constitucionais; b) como nas outras Eras, anterior e posterior, o comportamento da Corte não foi uniforme; por vezes assumia uma postura mais ativista, por vezes uma mais deferente. c) a Corte estava atenta a um fator externo: o grande contingente de *lobbies*, corrupção e rapinagem no processo legislativo, que favorecia a aprovação de *class legislation*. Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 148 e ss.

²⁸⁹ Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 150.

²⁹⁰ *Allgeyer v. Louisiana* 165 U.S. 578. (1897) Disponível em: «<http://caselaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=165&invol=578>» Acessado em: 22/05/2001.

²⁹¹ *Allgeyer v. Louisiana*. 165 U.S. 578. (1897). Cit. “As so construed, we think the statute is a violation of the fourteenth amendment of the federal constitution, in that it deprives the defendants of their liberty without due process of law. The statute, which forbids such act, does not become due process of law, because it's inconsistent with the provisions of the constitution of the Union. (...) The act done within the limits of the state, under the circumstances of this case and for the purpose therein mentioned, we hold a proper act, - one which the state legislature had no right to prevent, at least with reference to the federal constitution. To deprive a citizen of such a right as herein described without due process of law is illegal. Such statute in this question is not due process of law, because it prohibits an act which under the federal constitution the defendants had a right to perform ” [sem grifos no original].

Este caso adquiriu singular destaque por dois fatores: primeiro, nele a Corte completou um ciclo evolutivo da *doutrina* do devido processo legal substantivo, ao declarar inconstitucional a lei da Louisiana que restringia a liberdade contratual, sem um propósito público justificador da interferência. Segundo, porque nele foi definido o sentido do vocábulo *liberdade*, protegido pelo devido processo legal da Décima Quarta Emenda, em termos bem mais amplos que a liberdade de ir e vir:

*“A liberdade mencionada na emenda significa não apenas o direito do cidadão de estar livre da mera restrição física de sua pessoa, como por encarceramento, mas o termo é desenhado para abraçar o direito do cidadão de ser livre no gozo de todas as suas faculdades, de ser livre para usá-las em todas as formas legais; de viver e de trabalhar onde desejar; de obter seu sustento por qualquer meio legal; de perseguir qualquer meta ou vocação e, para esse propósito, de engajar-se em todos os contratos que sejam condizentes, necessários e essenciais para que alcance com sucesso a conclusão das metas mencionadas.”*²⁹²

No mês de fevereiro do ano seguinte, a Corte deparou-se com mais um caso versando sobre a oposição do poder de polícia estadual e os direitos de propriedade e liberdade contratual, *Holden v. Hardy*.²⁹³ O *Justice Brown*, que proferiu a *opinion* pela Corte, construiu-a de tal forma que ela se mostrou uma clara e sistematizada síntese tanto do histórico quanto do significado da *doutrina* do devido processo legal substantivo. Ele mencionou o longo caminhar histórico da cláusula – a origem na Magna Carta inglesa de 1215, o traslado para o direito norte-americano, a evolução jurisprudencial – comparou o *due process of law* da Quinta e o da Décima Quarta Emendas, explicitando o *processo de inclusão e exclusão* – incorporação seletiva. Lembrou que a Corte jamais se detivera em uma tentativa de conceituar precisamente a cláusula e, neste ensejo, negou-se a fazê-lo, dizendo que quem, talvez, tivesse melhor expressado o *sentido* do devido processo legal fora o *Justice Curtis*, no caso *Murray's Lessee*.^{*} Assumiu a vagueza da cláusula, conectando-a aos princípios de *justiça*: *“Reconhecendo a dificuldade de definir com exatidão a frase devido processo legal, é certo que estas palavras inferem uma conformidade com princípios naturais e inerentes de justiça”*.²⁹⁴

O *Justice Brown* deteve-se, também, no exame dos direitos de propriedade e liberdade contratual. Compreendeu a propriedade como um direito protegido pelo devido processo legal e, na esteira do pensamento corrente à época, demonstrou-a como umbilicalmente ligada à liberdade contratual, pois esta

²⁹² *Id.* “The ‘liberty’ mentioned in that amendment means, not only the right of the citizen to be free from the mere physical restraint of his person, as by incarceration, but by the term is deemed to embrace the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties; to be free to use them in all lawful ways; to live and to work where he will; to earn his livelihood by any lawful calling; to pursue any livelihood or avocation; and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary, and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned”

²⁹³ *Holden v. Hardy*. 169 U.S. 366 (1898). Disponível em: «<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=169&invol=366>» Acessado em: 22/05/2001.

^{*} Vide supra, item 1.2.3

²⁹⁴ *Holden v. Hardy*. 169 U.S. 366 (1898) Cit. “Recognizing the difficulty in defining with exactness the phrase *due process of law*, it is certain that these words **imply a conformity with natural and inherent principles of justice** (...)”. [sem grifos no original].

garantia a possibilidade de obtenção daquela. Entretanto, anunciou a condicionalidade desses direitos a regulações oriundas do poder de polícia, este inerente a qualquer forma de governo, desde que as restrições servissem a um propósito público ou à preservação da saúde, moral e segurança públicas. Assim, as medidas restritivas da propriedade ou da liberdade contratual somente seriam ofensivas à cláusula *due process of law* se fossem utilizadas como escusa para a opressão e injustiça, na promoção de um fim não público.

A lei de Utah questionada no caso *Holden* foi sustentada, por razoável, uma vez que a Corte anteviu nela um propósito público, qual seja, a proteção da saúde dos trabalhadores de minas subterrâneas e fundições, que realizavam trabalhos potencialmente danosos. Quando o *Justice Brown* motivou a razoabilidade da lei, explicou que, no início das atividades de mineração e de fundição de metais nas colônias inglesas, não havia necessidade de elaboração de leis protetoras dos mineiros e fundidores, porque tais atividades eram realizadas em pequena extensão e através de técnicas precárias. Entretanto, o impulso industrial havia alterado as circunstâncias dessas atividades, permitindo que elas formassem uma categoria especial, dotada de características próprios, carecedores de proteção estatal, o que impedia que a lei fosse tachada de classista, como o seria em tempos anteriores. Esta conjuntura trazia consigo um incremento do poder de polícia, dado o aumento cotidiano das atividades insalubres e perigosas. Assim fundamentando, o *Justice Brown* trouxe à tona uma outra característica do devido processo legal, a sua *plasticidade*, isto é, capacidade de assumir diferentes conteúdos, acompanhando as mudanças apresentadas por uma sociedade no curso de sua história.²⁹⁵

No mesmo ano, a Corte deslindou o caso *Smyth v. Ames*,²⁹⁶ o qual reverteu a maioria de *Munn v. Illinois* e desnudou a substantividade do *due process of law* mascarada em *Chicago, Milwaukee and St. Paul v. Minnesota*. Argüia-se a constitucionalidade de uma lei do Nebraska que fixava preços e tarifas máximas a serem cobradas pelas companhias ferroviárias. A lei fora editada sob autorização da constituição estadual, que permitia ao Legislativo estabelecer tetos máximos *razoáveis* para as tarifas e preços de transporte ferroviário de pessoas e cargas no estado. Ao inquirir se o ato legislativo era ou não repugnante à Constituição dos Estados Unidos, a Corte salientou que corporações – *pessoas jurídicas* – estão incluídas no termo *pessoas* da Décima Quarta Emenda, e por isso gozam de sua tutela. Como as companhias ferroviárias são *negócios afetados pelo interesse público*, a Corte assegurou o poder de polícia dos estados para fixar seus preços e suas tarifas. Mas negou que o estado pudesse fazê-lo em valores desarrazoados, isto é, valores baixos a ponto de obrigar a companhia a transportar pessoas e

²⁹⁵ Id.

cargas sem recompensa, ou de conduzir à tomada da propriedade para uso público sem justa compensação. Segundo a maioria, se o preço ou a tarifa fosse fixado desta maneira, haveria uma privação da propriedade sem o devido processo legal. Então, a questão central que a Corte deveria responder neste caso era se o valor estipulado era ou não razoável. Antes de fazê-lo, o *Justice Harlan*, que emitiu a *opinion* pela Corte, asseverou a competência do Judiciário para adentrar na consideração do *valor razoável*, por ser ele e não o Poder Legislativo o árbitro final da constitucionalidade. Após uma extensa avaliação dos valores máximos fixados, do investimento das empresas, dos custos originais de construção, dos valores de mercado e outros fatores, a Corte reputou desarrazoados os valores máximos fixados pela lei, por não garantirem às companhias o *justo* retorno de seus investimentos.²⁹⁷

O mais conhecido caso da *Era* do devido processo legal substantivo econômico foi *Lochner v. New York*,²⁹⁸ decidido em 1905. Nele era discutida a constitucionalidade de uma seção de um artigo da Lei Trabalhista de Nova Iorque, que limitava em sessenta horas semanais e dez diárias a jornada máxima dos padeiros e confeitadores, com o objetivo declarado de proteger-lhes a saúde. Os empregadores ficavam proibidos de contratar além desses limites, e a violação constituía tipo penal, punível com pena de prisão e multa. Não havia previsão de isenção para casos de emergência ou iminência de perigo para a propriedade.²⁹⁹

A *opinion* da Corte foi lavrada pelo *Justice Peckham*, que iniciou a argumentação interpretando a literalidade da seção duvidada, deixando claro que os termos da seção não se referiam a contratações feitas sob coação física, mas que esta simplesmente proibia que empregado e empregador acordassem uma jornada superior à determinada. Dessa forma, a lei restringia a liberdade contratual tanto de patrões como de empregados, uma vez que estes, mesmo que desejassem trabalho extraordinário para obter mais dinheiro, não poderiam fazê-lo. Em seguida, deteve-se sobre o contraste entre poder de polícia dos estados *versus* direitos tutelados pelo devido processo legal. Explicitando essa dicotomia no caso, disse

²⁹⁶ *Smyth v. Ames* 169 U.S. 466 (1898). Disponível em: «<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=169&invol=466>» Acessado em: 22/05/2001. Fontes indiretas: RODRIGUES, Lêda Boechat. Op. Cit., p. 141. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 151.

²⁹⁷ Percebe-se que a Corte penetrou no exame da razoabilidade da regulação mesmo após reconhecer que se tratava de negócio afetado pelo interesse público. Esta categoria deixava, então, de significar imunidade ao poder revisório da Corte. Christopher Wolfe, ao comentar esta decisão da Suprema Corte, informa que nos quarenta anos que se seguiram a ela a Corte manteve a mesma postura, revisando determinações legislativas de tarifas ferroviárias máximas, e, por isso, cognomina ironicamente a Corte de *super-railroad-comission*. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 151.

²⁹⁸ *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/quer=\[Group+198+U.S.+45:\]\(\[Level+Case+Citation:\]\(\[Group+citemenu:\]\)/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_o_nly?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/quer=[Group+198+U.S.+45:]([Level+Case+Citation:]([Group+citemenu:])/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_o_nly?)» Acessado em: 22/05/2001.

²⁹⁹ A pena de prisão estipulada era de cinquenta dias, no máximo. Mas a prisão perduraria somente enquanto não quitada a multa. Uma vez pago o valor de multa estipulado, cessava o encarceramento. Esta era a mesma sistemática punitiva aplicada pela lei de Utah sustentada em *Holden v. Hardy*. *Lochner* fora condenado por contratar um empregado para trabalhar em sua panificadora e confeitaria por mais de sessenta horas por semana. *Id.*

que, por um ângulo, o direito de comprar e vender trabalho configurava liberdade contratual, protegida pelo *due process of law* da Décima Quarta Emenda. Por outro, o poder de polícia dos estados, reconhecido e sustentado pela Corte em casos limítrofes, poderia limitar esse direito, desde que optasse por *meios* diretamente ligados ao *fim* pretendido, e que o *fim* fosse legítimo, ou seja, ligado à moral, à saúde ou ao bem-estar públicos. Então, a essência de *Lochner* estava contida na determinação de qual desses dois pólos deveria prevalecer.³⁰⁰

A fim de estabelecer a prevalência, o *Justice Peckham* afirmou que existiam limites ao poder de polícia, e tomou esta proposição por incontroversa. Asseverou, também, que as Cortes não poderiam se contentar com os motivos alegados pelo legislador, pois isto seria um eufemismo para o exercício do poder de polícia restringir livremente os direitos de *vida, propriedade e liberdade*. Deteve-se, então, no exame da lei: era ela trabalhista ou protetora da saúde? O *Justice Peckham* optou pela segunda alternativa, negando-se a reconhecer legitimidade na primeira, pois padeiros e confeitores eram adultos e capazes de cuidar de seus direitos e contratar seus serviços como quisessem.³⁰¹ Avaliando a lei como uma medida de saúde, o *Justice Peckham* asseverou que não havia lugar para dúvidas de que a profissão regulada pela lei não era insalubre em um **grau** que autorizasse o Estado a intervir na liberdade das partes contraentes. Se padeiros e confeitores exerciam uma atividade a tal ponto nociva, todas as outras pessoas, em qualquer profissão, também o fariam. Não era suficiente que o Legislativo alegasse a insalubridade, sem fundamentá-la plausivelmente. Se assim o fosse, ficariam todas as pessoas à mercê das maiorias legislativas. Desta feita, se a atividade não fosse claramente insalubre, como a de mineiro,³⁰² não haveria porque limitar a liberdade de contrato. Acrescentou, ainda, que o Legislativo, ao chamar uma lei de *lei de saúde*, deveria demonstrar a conexão clara entre a medida e a saúde, do contrário estaria abrindo margem para a *suspeição* de existência de outros motivos a dominar o legislador. Com esses fundamentos, a seção da lei foi tomada por desarrazoada e arbitrária, por privar pessoas de sua liberdade e de sua propriedade sem o devido processo legal.³⁰³

³⁰⁰ *Id.*

³⁰¹ Nota-se com toda a clareza, aqui, a recusa da Corte em reconhecer a hipossuficiência do trabalho frente ao capital, e a firmeza de sua posição quanto ao primado da autonomia da vontade. Os trabalhadores, apenas pelo fato de o serem, não constituíam uma classe específica, apta a retirar o caráter de *class legislation* de uma lei que os protegesse. Confira-se: "*the question whether this act is valid as a labor law, pure and simple, may be dismissed in a few words. There is no reasonable ground for interfering with the liberty of person or the right of free contract by determining the hours of labor in the occupation of a baker. There is no contention that bakers as a class are not equal in intelligence and capacity to men in other trades or manual occupations, or that they are able to assert their rights and care for themselves without the protecting arm of the State, interfering with their independence of judgement and of action. They are in no sense wards of the State.*" Vista como uma pura lei trabalhista, sem conexão com a moral, saúde e bem-estar públicos, a lei não poderia ser razoável. *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905) Cit

³⁰² *Justice Peckham* diferenciou em vários pontos a decisão que proferia do caso *Holden v. Hardy*. *Id.*

³⁰³ É necessário esclarecer que várias provisões da mesma lei foram mantidas, como, por exemplo, exigência de iluminação, ventilação, inspeções de higiene nas padarias e confeitarias. *Id.*

Através do exame da linha argumentativa desenhada pela maioria da Corte, percebe-se com facilidade que ela operou uma séria inversão, veja-se: no início, quando da articulação, sistematização e emprego da *doutrina* do devido processo legal substantivo, a presunção em relação à razoabilidade de um ato normativo restritor de direitos de *vida, propriedade e liberdade* operava em favor do órgão que o editou e a não-prova pelo litigante questionador do ato operava em favor da opção do órgão legislador. Quer dizer, até então, o devido processo legal substantivo conduzia a uma diminuição da deferência legislativa, mas não à *presunção de inconstitucionalidade* de um ato normativo pelo fato de ser ele constritor de *certos* bens ou liberdades. Em *Lochner*, fica explícito que, se o legislador não fundamentar de modo palpável o *fim* pretendido, levantará a suspeita sob o ato produzido. A presunção, pois, passou a operar em favor da *inconstitucionalidade*, e, com isso, houve uma inversão do *onus probandi*: o estado teria que demonstrar a razoabilidade de seu ato, não bastando editá-lo e aludir a um propósito público, deixando a cargo da outra parte provar o contrário. Além disto, a Corte mostrou-se apta a perquirir os motivos do legislador, distinguindo os *reais* dos *simbólicos*. Iniciava a aplicar o *approach* da presunção de inconstitucionalidade, em detrimento da *presunção de constitucionalidade* para atos normativos restritores da propriedade e da liberdade contratual.*

Os votos dissidentes centraram-se justamente nesta questão. Um deles foi proferido pelo *Justice Harlan*, acompanhado dos *Justices White* e *Day*. Nele foi admitido que o poder de polícia dos estados era limitado, e não podia efetivar uma *interferência indevida* com os direitos de propriedade e liberdade, protegidos pelo devido processo legal. Entretanto, foi largamente argumentado que as Cortes somente estariam autorizadas a declarar uma inconstitucionalidade quando existisse um **pleno e palpável** excesso na utilização do poder de polícia, e, em persistindo uma dúvida razoável acerca disto, ela deveria ser resolvida em favor do sopesar de fatos realizado pelo legislador. Em outras palavras, o *Justice Harlan* assumiu que, quando a validade de um ato normativo é questionada, o ônus da prova cabe a quem questiona, isto é, gozam os atos dos legisladores de *presunção de validade*. Se assim não for, presumir-se-á que o legislador operou de má-fé, havendo, então, uma alteração da tripartição de poderes e também da organização federativa, pois a Suprema Corte, com seus julgamentos, acabaria substituindo a ação dos legisladores estaduais. Remontando diretamente ao problema do caso *Lochner*, o *Justice Harlan* disse que a maneira, o grau e a ocasião em que um estado interfere na liberdade econômica dos cidadãos era uma das mais difíceis e discutíveis questões da *ciência social*; assim, a regulação de horas de trabalho

* A *presunção de inconstitucionalidade* será estudada no capítulo IV, subitem 4.3.3.

disponibilizava espaço para *honestas* diferenças de opinião, e a responsabilidade de decisão nessas situações recai sobre as legislaturas, não sobre as Cortes.³⁰⁴

O *Justice* Holmes proferiu voto dissidente em apartado, bastante sintético, porém ácido. Criticou a atitude dos *Justices* que compunham a maioria da Corte, por estar aderindo a uma única teoria econômica e transferindo-a para a Constituição, ou seja, substituindo os desígnios do legislador não pela orientação da Constituição, mas por suas próprias convicções:

*“Esse caso é decidido à luz de uma teoria econômica que uma larga parcela da Nação não aceita. (...) A Décima Quarta Emenda não abarca as Estatísticas Sociais do Sr. Herbert Spencer. (...) Uma Constituição não pretende incorporar uma teoria econômica particular, seja ela a do paternalismo e da relação orgânica do cidadão com o Estado ou a do laissez faire. Ela é elaborada para pessoas com visões fundamentalmente diferentes, e a casualidade de pensarmos que certas opiniões são naturais ou familiares ou novas ou mesmo chocantes não pode concluir nosso julgamento sobre a questão de se as leis que as incorporam conflitam com a Constituição dos Estados Unidos.”*³⁰⁵

O ponto nodal da crítica elaborada pelo *Justice* Holmes era a adesão exacerbada da Corte a uma teoria econômica específica, e a acusação da inserção dela no texto constitucional, com conseqüente substituição dos julgamentos legislativos pelas preferências dos *Justices* que compunham a maioria da Corte. Não se pode, sobremaneira, compreender o posicionamento do *Justice* Holmes como avesso à doutrina do devido processo legal substantivo ou ao *approach* da presunção de inconstitucionalidade. Ele não se opunha nem a uma nem a outra, mas sim ao excessivo e exclusivo uso delas no campo econômico, com supervalorização dos direitos de liberdade econômica e de propriedade, dos ditames do Estado Liberal e do *darwinismo social*. *

Em 1908, a Corte manifestou-se no conhecido caso *Adair v. United States*,³⁰⁶ no qual invalidou uma seção de uma lei do Congresso que tipificava como crime sujeito à pena de multa a imposição da

³⁰⁴ Em que pese a forte argumentação neste sentido, referindo, inclusive, as indesejadas conseqüências de longo alcance que a decisão da maioria ensejaria, *Justice* Harlan também adentrou na discussão da salubridade da profissão de padeiro e confeitiro, optando pela insalubridade, após referir estudos médicos e estatísticas trabalhistas. *Id.*

³⁰⁵ *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905). Cit. “*This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. (...) The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer’s Social Statistics. (...) a Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of laissez faire. It is made for people of fundamentally different views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgement upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States.*”

* A aceitação de Holmes da doutrina do *substantive due process of law* ficará notória quando for estudada sua aplicação em outros campos, primordialmente no da liberdade de expressão. *Infra*, subitem 3.1.3.

³⁰⁶ Os contratos de emprego com cláusula obstaculizadora da sindicalização dos empregados são conhecidos como *yellow dog contracts*. *Adair* fora condenado por despedir um empregado de uma companhia transportadora de pessoas e cargas, chamado *Coppage*, apenas porque ele era membro do sindicato de sua categoria profissional. *Adair* não fundou a despedida de *Coppage* em nenhum outro motivo e, por tal, incidiu sobre ele o pagamento de uma multa de cem dólares (\$100,00). *Adair v. United States*. 208 U.S. 161 (1908). Disponível em: <[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/history/quer?=\[Group+208+U.S.+161:\]\[\[Level+Case+Citation:\]\]\[\[Group+citemenu:\]\]/doc/{@1}/hit_heading/s/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/history/quer?=[Group+208+U.S.+161:][[Level+Case+Citation:]][[Group+citemenu:]]/doc/{@1}/hit_heading/s/words=4/hits_only?)>. Acessado em: 22/05/2001.

condição, por parte do empregador, da não-sindicalização do empregado ou do candidato a uma vaga, ou a discriminação ou dispensa de um empregado por ocasião de sua participação em um sindicato. Através do exame isolado dessa seção do Ato do Congresso, a Corte emitiu sua *opinion*, na voz do *Justice Harlan*. Ele tomou como pergunta nuclear a ser respondida no caso a possibilidade de o Congresso tipificar como crime federal a dispensa de um empregado pelo *simples fato* de sua participação em um sindicato, a pretexto de garantir o livre e pacífico fluir do comércio interestadual. Respondeu-a negativamente, fulcrado em dois motivos. Primeiro, porque patrões e empregados adultos eram partes capazes, aptas a contratar e defender seus interesses *de per si*, encontrando-se *em igualdade de condições*. Um empregador tinha o direito, situado dentro da liberdade contratual e da propriedade, de formular os termos de um contrato, da mesma maneira que um empregado tinha o direito de aceitá-los ou não. Deste modo, o Estado não poderia compelir alguém a manter um empregado que não desejasse, ou um empregado a permanecer em um emprego, salvo estipulação contratual de *termo*. A despedida e a demissão eram direitos das partes, que podiam fazer uso delas por qualquer razão, mesmo que caprichosa. Assim, a seção questionada invadia excessivamente a esfera da liberdade contratual e o direito de propriedade das partes. Segundo, a liberdade contratual e a propriedade podiam ser restringidas, mas somente quando o *meio* eleito na medida constritora guardasse **direta** ligação com o *fim* pretendido. A Corte não encontrou uma *substancial e real* correlação entre o *meio* – proibição de *yellow dog contracts*, discriminação e dispensa de empregados sindicalizados – e o *fim*, regulação do comércio interestadual. Entendeu que a realização de um *bom* trabalho não dependia da sindicalização ou não, e que a segurança das pessoas e cargas não se relacionava *diretamente* com isto.³⁰⁷

Neste caso, foram proferidos dois votos dissidentes, um pelo *Justice McKenna* e outro pelo *Justice Holmes*. Aquele acusou a maioria por não ter ofertado a proeminência adequada a questões determinantes. Destacou, em primeiro lugar, que a liberdade tutelada pelo devido processo legal da Quinta Emenda não significava a liberdade contra toda e qualquer restrição governamental, mas somente contra regulações desprovidas de razoabilidade. Depois, discutiu o processo de verificação da razoabilidade levado a cabo pela maioria e considerou-o defectivo por dois fatores. O primeiro, porque a Corte insularizou uma seção de uma lei, e a avaliou em desconexão com o restante do texto, e, por isso, buscara a razoabilidade por considerações abstratas demais, operacionalizando a conexão *meio-fim* através do exame do *fim* pretendido por toda a lei e do *meio* caracterizado em uma única seção desta mesma lei. Segundo seu entendimento, mesmo se a seção, sozinha, não guardasse correlação com o *fim*, deveria ser tomada por razoável se, quando vista integrada às demais seções, possuísse tal correlação, ainda que *indiretamente*. O segundo fator alegado foi que a Corte não dera a devida atenção à realidade

³⁰⁷ *Id.*

circundante do caso, determinando o razoável através da suposição de que o Congresso baseara-se na especulação de males incertos e não nas experiências que o Congresso havia de fato confrontado ao editar a medida. Por fim, além de optar pela razoabilidade da seção, reconheceu a disparidade de condições de barganha entre patrões e empregados.³⁰⁸ O *Justice* Holmes novamente emitiu um enxuto e incisivo voto dissidente. Alegou que a questão posta no caso não era a formulada pela Corte, mas sim *se o trabalho era passível de regulações como tal*. Acusou a Corte de *esticar ao máximo* a liberdade contratual, dizendo que a Constituição não proibia que ela fosse regulada, concordassem pessoalmente os *Justices* com isto ou não. Viu razoabilidade nas conexões *meio-fim* de *Justice* McKenna, mas aduziu que se o único propósito da seção fosse promover a sindicalização, ainda assim seria válida, já que proibia a parte mais poderosa da relação empregaticia de tratar injustamente e discriminar a parte mais fraca.

No rumo de *Adair*, a Corte decidiu, alguns anos depois, o caso *Coppage v. Kansas*.³⁰⁹ A Suprema Corte, cuja *opinion* foi proferida pelo *Justice* Pitney, não recusou a constitucionalidade da lei, mas a de sua forma de interpretação e aplicação. Considerou que era legítimo ao legislador negar-se a aceitar contratos feitos sob coação, mas que, no caso, não havia nada similar, pois um patrão simplesmente oferecera um novo termo contratual a um empregado, e a fragilidade financeira de uma parte não poderia ser compreendida como ensejadora de coação. A Corte entendeu que empregado e empregador eram livres, capazes e se encontravam em igualdade de direitos e, assim sendo, a insistência de uma parte em uma condição não tornaria ilegal um contrato porque uma das escolhas envolvia sacrifício pecuniário. Oferecer uma condição contratual, manter um empregado, sair do emprego eram todas opções constitucionalmente garantidas pela liberdade contratual, e igualmente importantes tanto para os capitalistas como para os trabalhadores. Este caso não foi distinguido principiologicamente de *Adair*, e, portanto, foi afirmado que um empregado não poderia ser compelido a permanecer em um emprego, tampouco um patrão a manter um empregado indesejado. As seções da lei foram tomadas por irrazoáveis,

³⁰⁸ Quanto ao primeiro aspecto, o *Justice* McKenna demonstrou que a lei previa um esquema de arbitragem para a solução pacífica de controvérsias trabalhistas envolvendo empresas transportadoras. Os sindicatos tinham importante papel no esquema arbitral. Por isso, a despedida, a não-contratação e a discriminação de empregados sindicalizados teriam o condão de frustrar o funcionamento da arbitragem. Quanto ao segundo, lembrou os grandes problemas enfrentados pelo país com greves e piquetes de empregados de transportadoras interestaduais e a falência de leis anteriores do Congresso em preveni-las. *Id.*

³⁰⁹ Tratava-se da constitucionalidade de duas seções de uma lei do Kansas. A primeira proibia empregadores de coagir, influenciar e compelir a assinatura *de yellow dog contracts*. A segunda estipulava pena de multa ou prisão. *Coppage*, empregador, requereu que um de seus empregados assinasse um termo comprometendo-se a retirar-se do sindicato ao qual pertencia. O empregado recusou-se a assinar e a sair do sindicato, e foi demitido. Neste curso, *Coppage* foi condenado, uma vez que a Corte interpretou a requisição de adesão ao termo como coação, consideradas as diferenças de *status* entre patrões e empregados. A Corte estadual manteve a condenação, acatando que as diferenças de riqueza entre patrões e empregados tornavam um termo contratual, como o discutido no caso, uma coação, e traduziam uma interferência dominadora dos patrões na vida e na liberdade dos empregados, interferências estas sem qualquer conexão com serviço prestado pelo empregado. *Coppage v. Kansas*. 236 U.S. 1 (1915). Disponível em: «<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=236&invol=1>» Acessado em: 22/05/20 01.

uma vez que retiravam a liberdade do empregador e davam vantagem ao empregado, sem possuir conexão com a moral pública.³¹⁰

O *Justice Holmes* dissentiu mais uma vez, salientando a desigualdade entre patrões e empregados e asseverando que a razoabilidade não pode ser verificada de acordo com o que os membros da Corte pensam ser certo ou errado, mas de acordo com o veredito de homens razoáveis.³¹¹ O *Justice Day*, também em voto dissidente, atacou a absolutização e a sacralização do direito de liberdade contratual e a utilização de fórmulas universais e precisas para a determinação dos interesses que deviam prevalecer em cada caso. Criticou a exacerbação da *presunção de inconstitucionalidade* e negou que os *motivos ocultos* do legislador pudessem ser levantados, dizendo ser impossível à Corte penetrar no *coração* de cada um dos membros do Legislativo. Ademais, reconheceu a liberdade de adesão sindical como parte da liberdade de associação protegida pela Constituição. Então, o que se tinha em jogo era o conflito de duas liberdades, e o *Justice Day* não vislumbrou motivos para a liberdade contratual ser mais *sagrada* ou intangível do que a liberdade de associação.³¹²

É fácil perceber que a Corte, em *Adair e Coppage*, imprimiu potência à liberdade contratual, tornando-a obstáculo às leis intensificadoras do poder de barganha dos empregados diante do já possuído pelos empregadores. Ao defender a liberdade contratual, a igualdade de condições entre patrões e empregados e ao aplicar o *teste da razoabilidade*, a Corte empregou termos peremptórios, absolutizantes. No que toca ao *teste da razoabilidade*, passou a exigir, para sua satisfação, uma relação **direta, clara e insofismável** entre os *meios* adotados e os *fins* pretendidos pelos atos normativos constritores da liberdade contratual e da propriedade. Não bastava mais, como ocorria nas formulações originárias da *doutrina* do devido processo legal substantivo, do *Justice Field*, e do *teste*, do *Justice Brown*, a existência de um **nexo de causalidade** ligando os *meios* e os *fins*; necessitava-se, agora, de uma ligação intensa, isto é, de um **elevadíssimo grau de conexão**. Vê-se, portanto, que esses casos ilustram os passos da Corte em direção a um maior *ativismo judicial* e seu consentâneo afastamento da auto-contenção judicial, pois além de adentrar no mérito das escolhas dos poderes legislativos e executivos, de *presumi-los inconstitucionais* em algumas situações, a Corte iniciava a fazer uso de uma profunda averiguação dos motivos desses poderes e a exigir, para a razoabilidade de uma medida, uma conexão **clara e direta** entre os *meios* e os *fins*. A partir de então, tornava-se muito difícil a uma medida escapar desse *teste*.

³¹⁰ *Id.*

³¹¹ *Id.* Voto de *Justice Holmes*.

³¹² *Id.* Voto de *Justice Day*.

No mesmo ano de *Adair*, a Suprema Corte deslindou o conflito *Muller v. State of Oregon*,³¹³ no qual foi sustentada uma lei do estado de Oregon que fixava jornada máxima de dez horas diárias para *trabalhadoras* de indústrias, lavanderias, e estabelecimentos mecânicos. Embora esta manifestação da Corte pareça, num primeiro olhar, progressista e formadora de um novo precedente, derrubando *Lochner*, tal impressão não resiste ao exame apurado do caso. Apesar de seu *efeito* progressista – sustentação de uma lei que fixava jornada máxima –, sua fundamentação não permite que seja tomada como um novo precedente e, muito menos, como progressista. Isto porque a decisão foi fulcrada na *superioridade masculina* e na conseqüente inferioridade feminina. A lei não foi sustentada por reconhecer os trabalhadores como uma classe específica, digna de tutela estatal, mas porque as *mulheres trabalhadoras* formam uma classe específica, que não se encontra em igualdade de condições, uma vez que não possuem a mesma capacidade que os homens. A conexão com o interesse público foi encontrada, nos seguintes termos: a) mulheres, além do trabalho externo, cuidam de seus lares e de seus maridos; b) mulheres precisam ter sua saúde resguardada, pois o fenômeno da maternidade interessa a toda a comunidade, pela sobrevivência da raça; c) mulheres necessitam de tempo para educar crianças, e nisto há intenso interesse social. Assim sendo, a restrição à liberdade contratual, neste caso, não operaria somente em benefício da classe feminina, mas de toda a comunidade.³¹⁴

No ano de 1917, houve manifestação da Suprema Corte no caso *Bunting v. Oregon*,³¹⁵ no qual debatia-se a consonância de uma lei que fixava jornada máxima de dez horas diárias para os trabalhadores e trabalhadoras de moinhos, fábricas e indústrias – ressalvados os vigias e empregados de manutenção emergencial –, com a Décima Quarta Emenda. A lei previa a possibilidade de contratação de três horas extras diárias, em situações excepcionais, sempre adicionadas de cinquenta por cento de seu valor normal.

³¹³ Um proprietário de uma lavanderia fora condenado ao pagamento de uma multa por contratar empregadas por mais de dez horas diárias. Esta decisão é, atualmente, alvo de inúmeras críticas pelo seu teor intensamente sexista, e foi seguida em outros casos deslindados pela Corte Maior estadunidense: *Miller v. Wilson*. 236 U.S. 373; *Riley v. Massa*. 232 U.S. 671; *Bosley v. McLaughlin*. 236 U.S. 385. Entretanto, um determinado momento da argumentação produzida em *Muller*, faz lembrar os princípios hodiernamente usados na *affirmative action*, pois nele se salienta que, à época, as mulheres já haviam atingido um grau de emancipação, mas que o longo período de subjugação e de privação de educação ainda não havia sido totalmente superado, sendo este mais um motivo justificador da especial tutela do estado. Este argumento, todavia, foi apenas pontual, e não decisivo. Cf. *Muller v. Oregon*. 208 U.S. 412. (1908). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=208&invol=412>> Acessado em: 21/05/2001. *Adkins v. Children's Hospital*. 261 U.S. 525 (1923). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=261&invol=525>> Acessado em: 21/05/2001. Acerca da *affirmative action* vide: DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University, 1996, p. 01, 03; 12; 31; 37; 43; 74; 81; 157-159; 157-161; 294-295; 299-300; 307-308; 315; 317; 318; 325- 326. WOLFE, Christopher. *Op. Cit.*, p. 362. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional...* *Op. Cit.*, p. 1521 e ss. TRIBE, Laurence H. *On reading...* *Op. Cit.*, p. 64; 80; 116.

³¹⁴ Cf. *Muller v. Oregon*. 208 U.S. 412 (1908). Cit.

³¹⁵ *Bunting* havia sido condenado ao pagamento de uma multa por contratar Hammersly para trabalhar por treze horas diárias, sem a presença de condições excepcionais e sem o pagamento superior das horas excedentes à décima. A alegação principal de *Bunting*, ao atacar a inconstitucionalidade da lei, baseou-se no fato de ser ela uma lei salarial, e, por isso, inconstitucional, uma vez que retirava propriedade de uma pessoa e transferia-a para outra, sem motivo justificador. *Bunting v. Oregon*. 243 U.S. 426. (1917). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=243&invol=426>> Acessado em: 22/05/2001.

O voto da maioria, proferido pelo *Justice McKenna*, foi construído em torno de duas questões centrais. A primeira dizia respeito à legitimidade ou não do exercício do poder de polícia. A segunda, prejudicial à primeira, à classificação da lei, se salarial, e portanto trabalhista, ou se uma medida protetora da saúde dos trabalhadores. Se a lei fosse tomada como salarial, o uso do poder de polícia não estaria de acordo com o devido processo legal da Décima Quarta Emenda. A Corte optou por classificar a lei como protetora da saúde, uma vez que em situações normais o salário dos trabalhadores permaneceria no valor normal, isto é, negou-se a classificar a lei como salarial, pois o salário era afetado apenas em determinadas circunstâncias. Aderindo à classificação de medida de saúde, a Corte afirmou que a regulação de horas de trabalho podia, sim, guardar correlação com a proteção da saúde dos trabalhadores, salientando que a constitucionalidade de um ato normativo não podia ser examinada pelo grau de exatidão dos remédios que prevê, e que o Legislativo carecia de oportunidades para o aperfeiçoamento da legislação, tarefa que demandava um certo tempo. Nestes termos, sustentou a lei, vislumbrando conexão entre a regulação de horas de trabalho – *meio* – e a saúde dos empregados – *fim*.³¹⁶

Nota-se que a Corte, em *Bunting*, decidiu em sentido contrário a *Lochner*, sem sequer mencionar este caso. Segundo Wolfe, a Corte derrubou *Lochner* “*sub silentio*”,³¹⁷ pois aceitou que a regulação da jornada diária pode estar correlacionada com a saúde. Além disso, a lei discutida em *Bunting* ia mais longe que a derrubada em *Lochner*, já que determinava pagamento de valor adicional para as horas extraordinárias. Wolfe questiona, ainda, a classificação ofertada à lei: se a Corte efetivamente a compreendeu como uma medida de saúde, por que aceitou o pagamento adicional como uma forma de proteção à saúde? Em que o valor extraordinário resolve questões de insalubridade? Ainda segundo Wolfe, a Corte, ao manter a lei, tratou-a como trabalhista, embora tenha negado formalmente esse caráter. Ronald Rotunda, por seu turno, deixa em aberto a indagação: *Bunting* derrubou ou não *Lochner*?³¹⁸

No final da década de 1920, a Suprema Corte deslindou o caso *Adkins v. Children's Hospital*,³¹⁹ no qual a constitucionalidade de um ato congressional que estabelecia modos de fixação de salários

³¹⁶ A Corte ressaltou, também, que a lei não estipulava uma jornada fixa, inescapável, mas previa exceções – treze horas com maior remuneração – flexibilizando a aplicação e o atendimento dos objetivos. *Id.*

³¹⁷ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 151.

³¹⁸ No arrazoado do voto majoritário encontra-se, sem referência à fonte, parte da argumentação utilizada pelo *Justice Harlan* no caso *Lochner v. New York*, na qual buscava comprovar a relação entre regulação da jornada de trabalho e a saúde dos trabalhadores. Cf. *Bunting v. Oregon*. 243 U.S. 426. (1917). Cit. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 152. ROTUNDA, Ronald. Op. Cit., p. 354.

³¹⁹ A lei do Congresso providenciava meios, procedimentos e critérios para a fixação de salários para mulheres e crianças. Determinava que fosse formada uma secretaria, composta por três membros, um empregado, um empregador e alguém do povo, com o fim de levantar os salários recebidos por mulheres e crianças no Distrito, com poderes para realizar audiências, ouvir testemunhas e coletar provas. Se esta secretaria concluísse pela insuficiência dos salários pagos, em uma determinada profissão, para o suprimento das necessidades de sobrevivência e preservação da moral, poderia convocar uma Conferência. Esta Conferência teria poderes para, após a oitiva pública dos envolvidos, fixar um valor salarial mínimo. As violações deste valor, por parte dos empregadores, ensejariam pena de multa ou de prisão. Apenas uma exceção era prevista: mulheres com idade avançada ou algum tipo de invalidez que afetasse a capacidade produtiva poderiam receber salários

mínimos para mulheres e crianças no Distrito de Columbia estava em pauta. O voto majoritário foi lavrado pelo *Justice Sutherland*, que, de início, sustentou quatro premissas: a) a liberdade contratual é protegida pelo devido processo legal; b) patrões e empregados são partes iguais e possuem igual direito de obter os melhores termos que puderem em uma barganha privada; c) a liberdade contratual age em benefício tanto de patrões como de empregados; d) **a liberdade contratual não é absoluta; ela é a regra e as restrições, plausíveis apenas em situações excepcionais, são a exceção.** A partir da última premissa, formulou a questão nuclear do caso: estão presentes, neste caso, circunstâncias excepcionais que justificam a utilização da exceção? Respondendo-a, o *Justice Sutherland* fez um pequeno inventário das situações de excepcionalidade nas quais a Corte aceitara como legítima a restrição da liberdade contratual. Negou a derrubada de *Lochner* e seus princípios e diferenciou *Adkins* de *Muller* e de *Bunting*.³²⁰ Optou pela inconstitucionalidade da lei, pois não encontrou as circunstâncias excepcionais hábeis a justificá-la e também não vislumbrou razoabilidade no critério de fixação do valor mínimo do salário – necessidade – nem ligação entre o *meio* e os *fins* declarados – proteção da moral das trabalhadoras. Um dos pontos nodais de invalidação foi o critério *necessidade*. O *Justice Sutherland* argumentou que ele era exageradamente vago e variável, não havendo como tomá-lo por base. Aduziu que esse critério punha dois valores em jogo, duas determinações *éticas*: em um pólo, um salário adequado à sobrevivência; noutro, o valor do trabalho. Salientou que aquele seria um argumento falacioso em suporte da validade de qualquer lei, pois extraía do empregador um pagamento arbitrário, sem qualquer conexão com seu negócio ou com o contrato de trabalho. Segundo ele, a subsistência das trabalhadoras era um fator estranho à relação empregatícia, e o ônus pela sobrevivência de alguns não poderia *recair sobre os ombros de outros*. Acrescentou que *justiça social*, por si só, não justificava a restrição da liberdade contratual, frisando que sua preservação respeita e exalta o bem comum.³²¹

O *Chief Justice Taft* dissentiu da maioria da Corte, centrando seu voto na *falsa* dicotomia posta entre medida de saúde e medida trabalhista. Ele argüiu que, se uma lei que determinava horas de trabalho

inferiores ao mínimo. A manifestação da Corte em *Adkins* resolvia simultaneamente dois conflitos. No primeiro, um hospital, que acordara com diversas mulheres salários inferiores aos mínimos estabelecidos para as profissões que elas exerciam, questionava a constitucionalidade da lei. No segundo, uma trabalhadora, ascensorista de um hotel, considerava a lei inconstitucional, pois alegava que estava satisfeita com o recebimento de um salário inferior ao fixado para seu trabalho, ao qual aderira espontaneamente. Todavia, em razão da lei, perdera seu emprego, pois o hotel a despedira por não poder arcar nem com o valor mínimo fixado, nem com o risco de pagar a elevada multa pelo descumprimento da lei. *Adkins v. Children's Hospital*. 261 U.S. 525 (1923).Cit.

³²⁰ Diferenciou de *Bunting* porque neste a Corte assumira que a lei era regulatória da jornada de trabalho e, portanto, era uma medida de salubridade, não trabalhista. Em *Adkins*, discutia-se uma lei trabalhista, autorizadora da fixação de salários. Distinguiu de *Muller* não pelo teor argumentativo, mas porque admitiu que nos vinte anos que se colocavam entre cada um dos casos, a condição de emancipação feminina havia sido largamente incrementada. Então, a alteração das questões sociais que se apresentavam num e noutro caso conduzia à perda da razão de ser do arrazoado fulcrado na dependência feminina. *Id.*

³²¹ *Id.*

estava ligada à saúde dos trabalhadores, por que uma que fixava padrões salariais mínimos não estaria? Por que o efeito de uma era menos nocivo à liberdade contratual que o da outra? Ele criticou, em termos sutis, a exagerada adesão da Corte à proibição de regulações salariais, ao tratá-las sempre como violativas da liberdade contratual.³²² O *Justice* Holmes, como de costume, dissentiu fortemente. Afirmou que se muitos homens razoáveis eram capazes de abalizar uma regulação, se diversos estudos se mostravam favoráveis a ela – estudos mais profundos do que o que qualquer um dos *Justices* poderia empreender sobre o tema – e se a única objeção que estes *Justices* podiam fazer à lei estava dentro dos vagos contornos do devido processo legal, ele não poderia concordar. Dessa forma, optou pela constitucionalidade da lei. Acusou, ainda, os *Justices* de terem transformado uma generalidade inócua – a liberdade contratual – em um *dogma*.³²³

Os casos colacionados traduzem as principais manifestações e aplicações do *economic substantive due process of law* pelo Pretório Excelso norte-americano.³²⁴ Sob sua égide, diversos outros foram destrinchados. Na maioria das vezes, a Corte manteve-se atrelada à intensa preservação da liberdade contratual e da propriedade, e ao estreitamento do conceito de *negócios afetados pelo interesse público*, institucionalizando, em nome do liberalismo econômico, inúmeras regulações estatais constritivas desses direitos ou reguladoras de atividades empresariais e negociais *não afetadas pelo interesse público*. Apenas em alguns campos e em alguns momentos a Corte suavizou a aplicação deles, sendo mais conivente com tais medidas oriundas do poder de polícia dos estados ou do Congresso Nacional, a saber: a) nas situações em que vislumbrava a presença de monopólios, oligopólios e outras associações que criavam obstáculos à liberdade mercatória, a Corte mantinha as medidas como constitucionais, pois compreendia que, nesses casos, o mercado livre estava comprometido; b) quando percebia a ocorrência de situações emergenciais, principalmente aquelas fruto da Primeira Grande Guerra e do período que a ela imediatamente se seguiu, a Corte sustentava as medidas, por seu cunho de excepcionalidade e transitoriedade.³²⁵

O exame empreendido de todos esses casos tem o condão de oferecer uma ampla compreensão da operacionalização e da prática da cláusula constitucional, da *doutrina* que lhe conferiu substantividade e do *teste da razoabilidade*. A análise permite apreender que a aplicação do devido processo legal

³²² *Id.* Voto do *Justice* Taft.

³²³ *Id.* Voto do *Justice* Holmes.

³²⁴ Orlando Bitar assim comentou a força do precedente formado em *Adkins*: “*Adkins v. Children's Hospital* tornou-se a expressão clássica da identificação da economia *laissez faire* com a garantia constitucional. Durante os anos seguintes, o caso foi repetidamente citado como amplo precedente para uma larga interpretação do alcance do contrato livre. Debaixo do precedente, várias leis estaduais de salário mínimo tornaram-se vãs, sob a presunção de que a Décima Quarta Emenda impunha restrições sobre o poder de polícia dos estados semelhantes às que a Quinta Emenda impunha ao Congresso Nacional”. BITAR, Orlando. *A lei...* Op. Cit., p. 127.

³²⁵ Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 130-131.

substantivo não é mecânica, baseada em lógica dedutiva, mas centrada na argumentação, não sendo satisfeita com uma referência simples, como a mera remissão ao dispositivo constitucional. Ela carece de um discurso justificador maior, pois a verificação de seu cumprimento não se manifesta através do *tudo ou nada*; ao contrário, envolve um largo espectro de situações e fatores, que variam desde políticos e econômicos até morais. Por isso, os tipos de regramentos constitucionais construídos nos argumentos dos *Justices* e seus efeitos conduzem facilmente à qualificação da Corte como *ativista*, conforme explicar-se-á a seguir.

A *Era Tradicional* da *Judicial Review* foi marcada pela crença na objetividade do texto constitucional. Acreditava-se que ele possuía um conteúdo claro, fixo e definido, que se mostraria ao intérprete conforme intencionado no momento de sua produção legislativa e que a função de interpretar a Constituição consistiria em *descobrir* a vontade do povo inserta no documento, aplicando-a aos casos concretos. No curso do tempo, as cláusulas nele apostas abarcariam novas situações e fatos, sem, no entanto, alterar seu conteúdo. Através do recurso a regras conhecidas e compartilhadas de interpretação, fulcradas em lógica dedutiva, os juízes chegariam a este sentido intentado, descortinando-o. Independentemente do resultado angariado com esta interpretação, ela seria aplicada, transcendendo considerações políticas e sociais, consideradas menores. Esta atuação *neutra* dos juízes, baseada no simples cotejo norma inferior/norma superior, ficou conhecida como *jurisprudência declaratória*. Isto é, aos juízes era dado *declarar* o significado da norma constitucional, objetivamente. Nega-se, neste *approach*, a possibilidade de os juízes efetuarem escolhas políticas e valorativas, sua função é mecânica. Foi marcante nesta *Era* a *deferência legislativa*, ou seja, um profundo respeito judicial pelas escolhas dos legisladores. A inconstitucionalidade de uma lei somente poderia ser declarada em caso de **clara** violação do texto constitucional. Se houvesse uma dúvida *razoável* acerca de sua constitucionalidade, ela operaria em favor do poder Legislativo.* Compare-se, agora, a possibilidade de adequação desta visão com a *doutrina* do devido processo legal substantivo.

A *doutrina* do devido processo legal substantivo escora-se em uma assunção basilar: *ao governo é vedado privar as pessoas da vida, propriedade ou liberdade arbitrariamente*. O Estado, por sua própria natureza, é diuturnamente compelido a produzir regramentos que, de uma forma ou de outra, em um grau maior ou menor, penetrem na esfera de *vida, propriedade ou liberdade* das pessoas. Ao aplicar a *doutrina*, a Suprema Corte impôs-se a tarefa de avaliar esta *massa* de atos normativos, através de uma indagação-chave: *o que é uma privação arbitrária?* Essa questão, aparentemente cândida, guarda em si a admissão de uma função de caráter essencialmente legislativo no controle de constitucionalidade,

* Vide supra, Capítulo I, item 1.2.2. Vide, também, infra, Capítulo IV, item 4.3.3.

bastante diferente do padrão tradicional. Uma vez que a Constituição, em sua literalidade, não define o que é arbitrário, nem é capaz de conduzir a uma resposta objetiva, recai sobre os ombros dos juízes definir o que é arbitrário ou não em uma situação dada. Os cânones tradicionais de interpretação, com esteio na lógica dedutiva, mostram-se inadequados e insuficientes, não há como conferir a existência ou não de *arbitrariedade* por meio deles. Para responder à questão, os juízes penetram em *escolhas valorativas* (*value choices*), que abarcam, além da literalidade da Constituição e da intenção dos *framers*, valores e crenças externos à textualidade constitucional.

Ora, se os conceitos da *Era Tradicional* apregoavam que a interpretação constitucional era uma tarefa objetiva, de *descoberta* do sentido das cláusulas constitucionais e que a dúvida interpretativa deveria operar em favor do legislador, fica explícito que a Suprema Corte estava se apartando desses conceitos quando aplicava a *doutrina* do devido processo legal substantivo. A cláusula *vaga*, *abstrata*, adquirira um conteúdo, e isso ocorria também com os direitos por ela tutelados. Na ausência de guia constitucional específico, a conferência desse significado não se deu mecanicamente; os juízes realizaram escolhas políticas, calcados em elementos do *direito natural*, *higher law*, *contrato social* e outros elementos extraconstitucionais, inseridas aí questões econômicas, sociais e políticas. A partir do sentido assim impresso, avaliaram a constitucionalidade dos atos normativos. Se o *approach tradicional* fosse levado a cabo, a *vagueza* favoreceria o respeito pelas escolhas dos legisladores, que contariam com um amplo poder de conformação. Sendo *abstrata* a cláusula e *abstratos* os direitos sob sua garantia, não estaria configurada a clara afronta ao texto constitucional, mas a dúvida razoável, fato que denunciaria a impossibilidade de realização do controle de constitucionalidade. Os *Justices* estavam, pois, a determinar políticas, através da construção de cláusulas constitucionais essencialmente *vagas* e, com isso, diminuía substancialmente sua *deferência legislativa*.

Assim agindo, a Corte não apenas impulsionou o controle de constitucionalidade como conferiu-lhe um novo teor. Pode-se apontar uma diferença quantitativa e duas qualitativas entre este *novo padrão* de constitucionalidade e o anterior: a) um sensível aumento dos casos passíveis de revisão, considerada a inexigência de clara afronta ao texto constitucional; b) uma mudança na tarefa judicial, que, pela possibilidade de empreender *escolhas políticas* e *valorativas*, aproxima-se da função legiferante; c) uma relativização da *deferência legislativa*, por ocasião da construção judicial de cláusula vagas.

No intervalo estudado, nota-se que a Suprema Corte buscou determinar o *arbitrário*, realizando, para isso, *escolhas valorativas* e traçando políticas. Nota-se, ainda, que essa prática alterou substancialmente os moldes do controle de constitucionalidade e diminuiu a diferença qualitativa entre a função judicial e a legislativa. Entretanto, toda esta gama de mudanças não foi acompanhada de um

aporte teórico novo; os *Justices* não explicitavam nem reconheciam esta nova postura, apenas aplicaram-na oculta sob as roupagens da *Era Tradicional*. Não alteraram sua auto-imagem; viam a si mesmos como interpretando o texto, *descobrimdo* seu sentido, oferecendo o conteúdo objetivo à cláusula *due process of law* e aos direitos sob sua tutela, conforme intencionado pelos *framers*. Estavam convencidos de que realizavam as mesmas funções que a Corte sempre realizara. O caminho que conduzia do *juiz intérprete* ao *juiz ativista* não foi assumido e teorizado; foi apenas trilhado.³²⁶

A identidade essencial da *Era de Transição* é justamente este paradoxo. De um lado, os *Justices* agiam de uma *nova forma*, eram ativistas, traçavam políticas, e apresentavam um baixo teor de deferência legislativa. Por outro lado, sustentavam o substrato teórico da *Era* anterior, crendo que aplicavam objetivamente a Constituição, *interpretando* o devido processo legal e fazendo valer a intenção *original* dos *founding fathers*. Outro marco desta era também é paradoxal. Os *Justices* faziam uso do *ativismo* apenas em algumas searas, mormente a econômica, mantendo, em outras, o patamar *tradicional*.³²⁷

A existência desse paradoxo logo se mostraria letal. As políticas traçadas pela Corte por meio de sua novel postura *ativista* a conduziriam a um embate fatal com os demais poderes de Estado. E, como resultado desse embate, a *doutrina* do devido processo legal substantivo seria reputada culpada e condenada à morte. O *Justice* Black declararia sua *morte* e celebraria seu *enterro*. É este *funeral* prematuro da versão substantiva da cláusula que será abordado no item subsequente.

2.3 A EMERGÊNCIA DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO ECONÔMICO

Durante três décadas, o *Justice* Holmes fez questão de demonstrar sua discordância com a posição da maioria da Corte em inúmeros casos envolvendo a aplicabilidade da faceta *econômica* do devido processo legal substantivo. Seus votos não se destinavam à desconstrução ou ao ataque da formulação da *doutrina*, de sua possibilidade ou de sua utilidade. O *Justice* Holmes não se atinha à negação da *doutrina* em si, dissentia do modo como a Suprema Corte estava a utilizá-la. O problema por ele apontado referia-se unicamente à aplicação da *doutrina* na seara econômica, impositiva de uma visão específica do Estado e de sua função neste campo. Frequentemente foi bastante incisivo nas acusações que fez à Corte, denunciando a prisão dos demais *Justices* ao constitucionalismo *laissez faire* e ao *darwinismo social*. Opunha-se à extensão máxima que a Corte havia conferido à liberdade contratual e à propriedade, com a conseqüente identificação desses conceitos expandidos com a cláusula *due process of*

³²⁶ Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 157 e ss.

³²⁷ *Id.* p. 156-161. Importante anotar que na *Era Transicional* os princípios que receberam construção judicial e deram ensejo à postura ativista da Suprema Corte foram o *due process of law* e a cláusula do comércio.

law. O *Justice* Holmes afirmava que a Constituição deveria ser lida de modo a acomodar diversas concepções de Estado, por isso, a existência **de um** motivo razoável para a edição de um ato normativo constritor dos direitos de *vida, liberdade* ou *propriedade* seria capaz de satisfazer o devido processo legal substantivo econômico, não apenas **o** motivo preferido pelos *Justices*. Outro ponto de oposição era a utilização da *presunção de inconstitucionalidade* nas questões econômicas. Segundo ele, as questões econômicas constituíam o campo de atuação preferencial do corpo legislativo, o qual deveria ser mantido como julgador primeiro e sujeito a controle só em casos de clara extrapolação.

Entretanto, os votos do *Justice* Holmes ocuparam a posição de dissidência. Enquanto ele fez parte da composição da Corte, ela não aderiu ao seu modo de pensar a Constituição e seguiu aplicando o devido processo legal substantivo no plano econômico, rejeitando inúmeras interferências governamentais nas liberdades econômicas e na propriedade. A *presunção de inconstitucionalidade* era uma constante na decisão desses temas.* Porém, a história encarregar-se-ia de demonstrar o quanto o *Justice* Holmes estava acorde com as novas condições sociais que os Estados Unidos passavam a enfrentar.

2.3.1 NEW DEAL: *DUE PROCESS OF LAW* ECONÔMICO COMO ATOR DO CHOQUE ENTRE A PRESIDÊNCIA E A SUPREMA CORTE

No final da década de 1920, dois fenômenos inter-relacionados se apresentaram à sociedade norte-americana: a Grande Depressão, cujo marco foi a quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929, e a emergência do Estado de Bem-Estar Social. Os perniciosos efeitos sociais da Depressão fizeram como que um sem número de norte-americanos pressionassem os governos estaduais e nacional para solucionar as mazelas sociais. As premissas que regiam o Estado Liberal mostravam-se inconvenientes, o ideário *smithiano* foi sendo substituído pelo *keynesiano* na prática dos legislativos e executivos. Então, com o objetivo de atacar os efeitos da crise, os legislativos, ao lado dos executivos, adotaram políticas mais e mais interventoras, ocupando espaços dantes pertencentes ao mercado. O Estado tomava-se um grande empregador, prestador de serviços públicos e redistribuidor de riquezas.³²⁸

Quando Roosevelt foi eleito, passou a empreender políticas regulatórias típicas de um Estado Providência. Seu plano de recuperação econômica e social – o *New Deal* – colidiu muito com as premissas políticas e econômicas esposadas pela Suprema Corte. A posição da Corte, obstaculizadora da

* Perceba-se que os casos referidos no item anterior compreendem o período ora em estudo, ou seja, o final da década de vinte e primeira metade da de trinta. Deles extrai-se, com clareza, a forte adesão da Corte ao constitucionalismo *laissez faire*.

³²⁸ KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 97-98; KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p. 397.

nova legislação social, arriscava um sério conflito com o Presidente e com o Congresso, o que, todavia, não ocorreu de pronto, em decorrência do respeito da população e do Executivo nacional às decisões da Corte e pela amenização de seu posicionamento, entre 1934 e 1936, em um campo, o dos *negócios afetados pelo interesse público*. Aí, os *Justices* mostraram-se mais sensíveis à realidade da nação e ocasionalmente se inclinaram diante das tentativas regulatórias do poder público, abandonando a distinção entre *negócios afetados pelo interesse público* e *negócios comuns*. A expressão deste pensamento deu-se no caso *Nebbia v. New York*.³²⁹

Nele, discutiu-se a constitucionalidade de uma lei de Nova Iorque que instituía um *conselho* com poderes para tabelar os preços do leite fluido.³³⁰ A Corte, na voz do *Justice Roberts*, optou pela constitucionalidade da medida regulatória. A questão proposta foi: *a Constituição proíbe o estado de tabelar os preços de leite?*³³¹ Em resposta, foi afirmado que o Legislativo era o julgador primeiro de uma medida como a questionada e que qualquer presunção possível seria a favor da validade e, mesmo que os *Justices* a tomassem por indesejada, só deviam inconstitucionalizá-la se fosse provado um palpável excesso do legislador. Assim, qualquer política econômica que parecesse razoavelmente destinada à promoção do bem-estar público deveria ser mantida. O *Justice Roberts* demonstrou o erro do litigante ao pleitear a inconstitucionalidade do ato pelo *único fato de tabelar preços de um negócio comum*. Sua demonstração fez *cair por terra* o conceito de *negócios afetados pelo interesse público*, pois ele informou que esse conceito não era determinante da possibilidade de regulação, uma vez que não era uma categoria fechada. Consoante seu pensamento, o fato de se tratar de um *negócio comum* não era de per si um impeditivo *sacrossanto* do tabelamento de preços. O que estabelecia a possibilidade de fixação de preços eram as circunstâncias envolvidas, não a classificação estanque em *negócios afetados pelo interesse*

³²⁹ *Nebbia v. New York*. 291 U.S. 502. (1934). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/quer=\[Group+291+U.S.+502:\]\[\[Level+Case+Citation:\]\]\[\[Group+citemenu:\]\]/doc/{@1}/hit_heading/s/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/quer=[Group+291+U.S.+502:][[Level+Case+Citation:]][[Group+citemenu:]]/doc/{@1}/hit_heading/s/words=4/hits_only?)». Acessado em: 22/05/2001.

³³⁰ Os produtores de leite enfrentaram uma séria crise a partir de 1931. Havia uma superprodução de leite, que os compelia a vendê-lo a preços que mal cobriam os custos de produção, dada sua alta perecibilidade. Os grandes estocadores e vendedores de leite assumiam um alto risco com o produto, pois perdiam muito. Já os pequenos, que conseguiam dar vazão a seu estoque, viam-se favorecidos pela situação, capazes de comercializar o produto a preços ínfimos, obrigando os grandes a diminuir seus preços, situação que em cadeia agia em detrimento dos produtores. O Poder Legislativo de Nova Iorque editou uma lei visando amenizar a crise dos produtores e nele instituiu um Conselho para a fixação dos preços a ser cobrados do consumidor final. Esta posição foi tomada com base em um extenso relatório elaborado durante um ano por uma comissão do Legislativo, durante cuja elaboração foram ouvidas testemunhas, estudiosos e peritos. O Conselho fixou o preço do leite em nove centavos o *quart* (0,94litro), proibindo a venda por preços menores. Leo Nebbia, pequeno comerciante de Rochester, foi condenado por vender dois *quarts* de leite e um pão de cinco centavos pelo valor total de dezoito centavos. Nebbia alegou que a lei violava o *due process of law* da Décima Quarta Emenda ao estabelecer preços de um negócio não afetado pelo interesse público e a *equal protection*, ao não levar em consideração o preço de compra do leite pelo negociante, tornando os lucros díspares, pois um comerciante que comprasse o leite por cinco centavos teria que vendê-lo pelo mesmo preço .que outro que adquirira por oito. *Id.*

³³¹ Sutherland chama a atenção para o amplo alcance deste caso, que antecipa as contendas constitucionais do New Deal. “*La Ley de Control de Leche del estado de Nueva York suscitó una cuestión acerca de si aquella diferencia tan larga de vigencia entre las actividades económicas ragía aún; si en 1933 alguna parte de la economía no estaba supeditada al*

público ou *negócios comuns*. Assim, dentro de um cenário específico, uma atividade ordinariamente classificada como *negócio comum* poderia ser objeto de regulação, desde que estivesse ancorada em um interesse público. Com fulcro nesses argumentos, concluiu que a indústria leiteira, apesar de *negócio comum*, poderia ser alvo de tabelamentos, já que as circunstâncias que envolviam a regulação eram emergenciais, justificando-a.³³²

O *Justice* McReynolds proferiu voto divergente, acompanhado dos *Justices* VanDevanter, Sutherland e Butler. Eles explicitaram o decidir típico da Corte em relação à regulação de preços e os *negócios comuns*. Para eles, as regulações só seriam possíveis se recaíssem sobre *negócios afetados pelo interesse público*. Negaram a possibilidade de *situações emergenciais* suspenderem esta provisão, criando poderes que a Constituição não conferia. Aduziram que, se se admitisse que a validade de uma medida dependesse da presença dessas circunstâncias, quem deveria prová-las era o Estado, não o litigante. Outro tópico levantado neste voto concernia aos efeitos da regulação: os preços eram aumentados, não diminuídos. Refletindo acerca disso, eles questionaram: *e os consumidores?* Por que optar pelos produtores – o menor número? Por que proteger os grandes comerciantes e não os pequenos? Outra pergunta foi: e quando a situação emergencial não mais se apresentasse, qual seria a atitude? Nestes termos, negaram-se a compartilhar o novo entendimento da Corte, mas, desta vez, a ala mais apegada ao liberalismo econômico foi vencida.³³³

Entretanto, *Nebbia* não foi indicativo de uma *virada* da Corte. No tocante à liberdade contratual e à propriedade as decisões ainda ostentavam a marca do liberalismo econômico. A Corte seguia levando estes direitos a uma absolutização, não se curvando diante das regulações advindas dos legislativos e dos executivos. Ao passo que Roosevelt depositava esforços no *New Deal*, oferecendo especial atenção à *questão social*, a Corte acirradamente atinha-se a suas próprias premissas economicistas **nos casos decididos sob a batuta do *substantive due process of law***. A doutrina construída pelo *Justice* Field, meio século antes, estava desvirtuada em seu uso, uma vez que ligada umbilicalmente ao *laissez faire* e à seara econômica. Diante das novas conjunturas, ela se mostrava apta a favorecer o acúmulo desenfreado de riquezas e a rapinagem econômica, útil aos grandes detentores dos meios de produção, aos monopólios e oligopólios. E, em sentido inverso, essa forma de aplicação mostrava-se alheia à *questão social* e aos

interés público. Si la Constitución confiaba el control de una botella de leche al proceso político, el futuro de la economía norteamericana estaba evidentemente destinado a discrepar do passado.”. SUTHERLAND, Arthur E. Op. Cit., p. 585

³³² Para o *Justice* Roberts, qualquer negócio afeta o público em maior ou menor grau, não havendo como qualificá-los perenemente em uma ou outra categoria. O dever da Corte seria verificar se em uma dada conjuntura o grau de interesse público envolvido torna o negócio apto a ser regulado. Como optou pela possibilidade de regulação da indústria leiteira, ele se ateve ao esclarecimento da importância do leite para a saúde humana e da indústria de leite para a economia do estado de Nova Iorque. *Nebbia v. New York*. 291 U.S. 502. (1934). Cit.

³³³ *Id.* Voto de *Justice* McReynolds.

direitos – muitos dos quais inseridos na tríade *vida, propriedade e liberdade* – das classes menos favorecidas.

Em 1935, este embate tornou-se declarado: a Corte chocou-se diretamente com Roosevelt, reunindo-se e elencando, por unanimidade, as três maiores falhas do Presidente. Entre janeiro desse ano e maio do seguinte, a Corte foi chamada a manifestar-se em dez grandes grupos de casos sobre a constitucionalidade de atos do *New Deal*. Em oito deles posicionou-se contra o governo.³³⁴ Em fins de 1936, Roosevelt foi reeleito por uma maciça maioria. Acreditou-se dotado de crédito popular para conter os ataques da Suprema Corte à progressiva legislação social. A fim de *controlar* a Corte e reverter seus posicionamentos, Roosevelt endereçou um plano de reorganização do Judiciário Federal ao Congresso. Como efeito desse plano, a composição da Suprema Corte seria alterada de nove para onze *Justices*; Roosevelt poderia, então, indicar dois novos nomes, transformando a maioria em minoria. Era o conhecido *Court Packing Plan*.³³⁵

³³⁴ Ressalta-se que nesses casos suscitava-se a constitucionalidade de leis federais. Com exceção de dois, o deslinde não se operou através da utilização do devido processo legal substantivo econômico, mas de outras provisões, como a cláusula do comércio. Aqui, a acusação de excessivo apego ao liberalismo econômico também se fez presente, mas necessitou ser mais tênue, porque os atos federais traziam como pano de fundo alterações substanciais na organização federativa dos Estados Unidos, por meio de uma nacionalização da economia. Além disto, conferiam um maior poder ao Executivo nacional, modificando a tripartição de poderes. O que se punha indiretamente em discussão era a natureza fundamental da União e do poder Executivo. Nesses temas, a Corte recusou-se a aceitar uma modificação tão ampla como a suscitada pelos atos. Os casos cuja fundamentação foi fulcrada no *substantive economic due process of law* são os seguintes: a) *Retirement Board v. Alton Railroad Co.*: foi invalidada uma lei que previa um plano de previdência para os empregados das companhias ferroviárias. O *Justice* Roberts considerou alguns detalhes técnicos irrazoáveis e arbitrários, pois privavam as companhias de sua propriedade, transferindo-a aos empregados. O *Justice* Hughes, dissidente, disse que os termos usados no voto de Roberts levavam a crer que qualquer ato congressional de Previdência seria inconstitucional. b) *Carter v. Carter Coal Company*: foi fulminada uma lei que regulava a indústria extrativa de carvão e de hulha, determinando preços e condições trabalhistas. A regulação trabalhista ensejada pela lei foi tomada como sua alma, e entendida como atentatória do devido processo legal substantivo. Cf. KELLY, Alfred H. HARBISON, Winfred A. BELZ, Herman. Op. Cit. p. 488 e ss.

³³⁵ Seu plano previa a indicação de um juiz federal para cada *Justice* que contasse com mais de dez anos de exercício da profissão e que houvesse se recusado a se aposentar nos seis meses subseqüentes à compleição de setenta anos. A Constituição norte-americana deixa ao alvitre do Congresso a determinação do número de componentes da Suprema Corte. Tal poder já havia sido utilizado em outras ocasiões durante a história constitucional norte-americana, por vezes com a intenção de alterar-lhe o rumo decisório. Nunca, porém, este escopo ficara tão cristalino. A pretensão de Roosevelt era clara: compelir a Corte, por meio da indicação de novos *Justices*, a ficar do seu lado, a adotar uma nova interpretação da Constituição. Esta clareza não foi bem aceita nem pelo Congresso, nem pela população norte-americana. Mesmo os líderes governistas no Congresso mostraram recalcitrância no acatamento da medida. No Congresso, via-se o perigo que ela trazia: um agigantamento sem precedentes do Poder Executivo e um forte abalo na independência do sistema judicial, com conseqüente descaracterização de toda a idéia de separação de poderes em voga no país há mais de um século. Os congressistas manifestaram um temor quanto aos efeitos do plano, alegando que se esta brecha fosse aberta para alterar a interpretação da Constituição, permitindo ao Executivo e ao Legislativo executarem suas políticas, este grande documento tornar-se-ia mutável a cada eleição. Necessário dizer que aqueles que aderiram ao Plano, objetavam as decisões da Corte, não o Poder quase-Legislativo da *Judicial Review* implementada. A imprensa e o povo também desconfiaram do plano, demonstrando apego ao mito do Judiciário neutro e da interpretação única da Constituição, negando-se a aceitar a possibilidade de uma guinada interpretativa que não fosse sinônimo de usurpação de poder por parte do Executivo. Costuma-se dizer que o *Court Packing Plan* perdeu a batalha no Congresso, mas ganhou a guerra, uma vez que a própria Corte virou. Todavia, essa afirmação não é cabal. Por outro prisma, Roosevelt saiu derrotado e o Judiciário vencedor. Explica-se: Roosevelt contava com adesão integral da população norte-americana até então. Quando lançou o Plano, deixou óbvio o alargamento que vinha imprimindo ao Poder Executivo, ensejando receio e descrédito. Ao mesmo tempo, a legitimidade e respeitabilidade da independência da Suprema Corte e a compreensão de seu papel como guardião da Constituição foram reafirmadas. O grande público era contra a jurisprudência conservadora e torturante da Corte, mas não contra a *Judicial*

A Corte, por sua vez, não deixou que tal acontecesse, e, antes de o plano se tornar efetivo, sua composição majoritária nos casos versando sobre as liberdades econômicas, a propriedade e o devido processo legal substantivo foi alterada. A guinada ocorreu no caso *West Coast Hotel v. Parrish*.³³⁶ O caso representa uma grande *inversão*, tão significativa que é chamada por Corwin de *Revolução Constitucional e Cia.*³³⁷ Quem inverteu o voto, possibilitando que uma nova concepção aflorasse no seio da Corte foi o Justice Roberts, cuja *virada* é conhecida como *the switch in time that saved nine*.³³⁸ Confira-se a argumentação seguida neste caso:

Estava em questão, em *Parrish*, uma lei de Washington que previa a instituição de um Comitê com poderes para fixar salários mínimos para mulheres e crianças. As provisões da lei não diferiam substancialmente da lei do Congresso declarada inconstitucional em *Adkins*. Entretanto, a Suprema Corte do estado de Washington havia tomado a lei estadual como constitucional, desobedecendo ao precedente formado por *Adkins*. Diante disso, o Justice Roberts acreditou que o momento era oportuno para a reabertura da importante discussão travada em *Adkins*, e justificou tal atitude em três bases: a) a cisão que o precedente *Adkins* havia produzido, tanto entre os Justices e juizes inferiores, como entre a população; b) o grande volume de leis similares editadas em outros estados, mesmo após a decisão de *Adkins*; c) a emergência de novas situações econômicas, bastante dissimilares das presentes quando do deslinde de *Adkins*. De início, susteve que não era o princípio controlador da decisão de *Adkins* que estava em discussão, mas a interpretação do direito por ele tutelado. Isto é, o devido processo legal da Décima Quarta Emenda, destinado aos estados, e o da Quinta Emenda, destinado ao governo nacional, seguiam

Review, já, na prática, com faceta de *ativista*. Cf. SUTHERLAND, Arthur E. Op. Cit., p567 e ss. KELLY, Alfred H. HARBISON, Winfred A. BELZ, Herman. Op. Cit., p. 494-500.

³³⁶ *West Coast Hotel v. Parrish*. 300 U.S. 379 (1937). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/script/getcase.pl?court=us&vol=300&invol=379>» Acessado em: 22/05/2001.

³³⁷ CORWIN, Edward. *Edward S. The Constitution and what it means today*. Princeton: Princeton University, 1978, p. 288.

³³⁸ É lugar comum afirmar que a guinada da Corte deu-se com a única intenção de salvar os Justices, impedindo o *Packing Plan*. Os estudiosos norte-americanos regularmente a referem assim. Todavia, Sutherland recomenda cautela neste pensamento popularizado. As questões que a Corte vinha enfrentando eram de amplíssima magnitude, realmente cruciais, não podendo ser reduzidas a demasiadas simplificações. Os Justices não possuíam, sobremaneira, uma posição unânime e absolutamente linear. O Justice Roberts, que inverteu o voto, havia proferido a decisão de *Nebbia*, constitucionalizando o tabelamento de preços do leite. Dois anos depois, havia aderido à invalidação de uma lei que estabelecia salários mínimos para mulheres, em *Morehead*, por questões de forma, não de fundo. Por problemas técnicos, optou pela inconstitucionalidade da lei que instituiu pensões para os funcionários idosos das companhias ferroviárias, em *Retirement Board*. Sua posição, então, não era exclusivista; ele decidia de acordo com o caso concreto, muito atento a questões procedimentais. Em *Parrish*, assumiu o mesmo tirocinio que o guiara em *Nebbia*. Ademais, a discussão interna do caso *Parrish* realizou-se seis semanas antes da mensagem presidencial que antecedeu o envio do *Court Packing Plan*, momento em que Roberts assumiu sua posição. Nesta reunião, estava ausente o Justice Stone, o qual somente votou no dia da decisão. Stone dissentia nos demais casos envolvendo a política do *New Deal*. Se houve um voto de Minerva, foi o seu. KELLY, Harbison e Belz anunciam entendimento similar. Cf. KELLY, Alfred H. HARBISON, Winfred A. BELZ, Herman. Op. Cit., p. 494-500. BITAR, Orlando. *A lei...* Op. Cit., p. 502.

como proibitivos de intrusões governamentais arbitrárias. O que mudava, segundo este *Justice*, era a concepção de liberdade. A liberdade contratual não era direito explicitado na Constituição, mas era compreendida dentro da liberdade geral protegida pela cláusula do devido processo legal. A limitação essencial à liberdade geral comunicava-se à liberdade particular, qual seja, a contratual. Desse modo, esta como aquela significavam abstenção contra regulações arbitrárias e desarrazoadas e não, imunidade regulatória.³³⁹

Através desse fulcro inicial, o *Justice* Roberts criticou o arrazoadado de *Adkins*, reputando-o *afastado da verdadeira aplicação dos princípios regedores das regulações estatais sobre as relações de emprego*. Invocou como pertinente o voto dissidente do *Justice* Holmes, e assumiu que a desigualdade econômica entre patrões e *empregadas* fulminava a liberdade contratual destas, que, posicionadas em um *sistema engolidor de concorrência desleal*, aceitavam qualquer condição. Lembrou que as mulheres, apesar de capazes, ainda eram alvo de discriminações, recebendo os piores salários. Elas, então, formavam uma *classe*, digna de especial tutela estatal. Encontrou o interesse público na necessidade de proteção das mulheres, em termos similares aos utilizados em *Muller v. Oregon*. Aplicou o *teste da razoabilidade*, exigindo apenas um **nexo mínimo** entre o *fim* pretendido e o *meio* escolhido, e *presumiu válido* o ato normativo, deixando a cargo dos questionadores da lei a prova de sua inconstitucionalidade. Por fim, declarou *Adkins* derrubado.³⁴⁰

Todavia, o apelo às mulheres como uma *classe* específica pode ser lido como um subterfúgio. Fica explícito, em seu ponto de vista, que a correção da exploração e da competição *injusta* não era um capricho ou uma arbitrariedade, mas um legítimo propósito estatal, protetor da *liberdade contra a opressão*. Ele entendia, pois, que a alteração das condições econômicas havia tornado a *autonomia da vontade* uma espora insegura, distante de muitas relações empregatícias. Caberia ao estado *intervir* para restaurar a liberdade contratual perdida pelos empregados, criando uma *igualdade artificial* e *protegendo-os de si mesmos*. O que ele assumiu, implicitamente, foi a razoabilidade da intervenção governamental nas relações de emprego, visando sanar as desigualdades econômicas, acatando que os profundos distúrbios no mercado de trabalho necessitavam da intervenção governamental, e não de *neutralidade* para que a liberdade contratual pudesse existir.³⁴¹

O caso *Parrish* não foi decidido por unanimidade. Quatro *Justices* votaram em divergência. O porta-voz dos argumentos da dissidência foi o *Justice* Sutherland, o qual reproduziu a linha decisória de *Adkins*. Ademais, criticou a maioria da Corte por ter revisado e derrubado esse precedente, dizendo que a

³³⁹ *West Coast Hotel v. Parrish*. 300 U.S. 379 (1937). Cit.

³⁴⁰ *Id.*

função do Poder Judiciário é interpretar a Constituição, não emendá-la à guisa de interpretação. Para ele, o papel da Corte era *declarar* a Constituição escrita, cujo significado era fixo a partir de sua adoção. Assim sendo, o fato de muitos Legislativos editarem um determinado tipo de lei não as constitucionalizava. E a ocorrência de algumas mudanças fáticas também não tinham o poder de mudar o sentido da Constituição. Se o Judiciário mudasse seu significado ao sabor das circunstâncias, minaria a supremacia constitucional e transformaria seus ditames em simples *reflexões morais*. Nesse sentido, estaria também a usurpar a soberania popular, emendando o Texto Magno por meio de maioria judicial.³⁴²

A partir desse precedente, a Corte aderiu à auto-contenção no *universo* de regulações econômicas e sociais. O grande núcleo de leis doravante tarjadas de constitucionais era de cunho trabalhista. Diversos autores salientam que algumas dessas leis eram virtualmente idênticas a outras atacadas antes da *Revolução* de 1937.³⁴³ Para tanto, a Corte teve que revisar profundamente três concepções: a) o conceito de liberdade contratual; b) a aplicação do *teste da razoabilidade*; c) a utilização da *presunção de inconstitucionalidade* em matérias econômicas. A liberdade econômica, que estava adquirindo um *status* de direito absoluto, voltou a ser compreendida como um direito constitucionalmente assegurado pelo *due process of law*, porém condicional, sujeito a supressões e regulações sempre que o interesse público assim o exigisse. Antes, a liberdade contratual fora compreendida em sentido *negativo*, ou seja, como resultado das restrições colocadas à ação governamental. Agora, em sentido *afirmativo*, no qual o poder público a garantia por meio de seus atos. Quanto ao *teste da razoabilidade*, a Corte deixou de exigir uma **clara e direta relação entre o fim pretendido e o meio utilizado**, tomando por bastante a seu atendimento **uma conexão qualquer entre um e outro**. Os atos normativos restritivos da liberdade contratual, interventores na economia e determinantes de políticas sociais, passaram a contar com *presunção de validade*, havendo abandono da *presunção de inconstitucionalidade*.

Apenas uma vez, nos dez anos seguintes, a Corte invalidou uma lei estadual com base no devido processo legal substantivo econômico, no caso *Connecticut General Life Insurance Co. v. Johnson*. Nos demais, descartou todo o corpo de precedentes construído sobre as concepções do *constitucionalismo laissez faire*, aplicando o *teste da razoabilidade mínima* e a *presunção de validade* para regulações econômicas e sociais que restringissem direitos de *vida, propriedade e liberdade*, e vislumbrando a

³⁴¹ KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 143-145.

³⁴² *West Coast Hotel v. Parrish*. 300 U.S. 379 (1937). Cit.

³⁴³ Entretanto, não há como precisar se este novo comportamento da Corte foi ou não efeito do *Packing Plan*, porque a composição da Corte foi quase totalmente alterada nos quatro que se seguiram ao deslinde de *Parrish*. Roosevelt teve a oportunidade única de indicar oito novos *Justices* e, no mesmo interregno, nomear novo *Chief Justice*. Cf. KEYNES, Edward.

propriedade como *inferior* a outros '*direitos humanos*', mormente as liberdades civis (não-econômicas) e políticas.³⁴⁴ Quase que invariavelmente seguiu esta linha, mas uma discordância ainda se fazia presente em seu seio: enquanto alguns *Justices* sustentavam a aplicação do *substantive due process of law*, nesta versão mais atenuada, outros proclamavam sua *morte* e negavam a competência da Corte para averiguar a razoabilidade de medidas providas dos poderes executivos e legislativos, mesmo que houvesse *presunção de validade e teste da razoabilidade mínima*. O primeiro *approach* vem sendo mantido até os dias de hoje quando a discussão versa sobre regulações econômicas e sociais, que cerceiam direitos de *vida, propriedade e liberdade*.³⁴⁵

O paradoxo caracterizador da *Era Tradicional* do controle de constitucionalidade traiu os membros *conservadores** da Corte Suprema. Como eles criam que a tarefa que implementaram ao longo da *Era Lochner* era meramente interpretativa, *declaratória* do sentido *objetivo* do texto constitucional de acordo com a *intenção dos framers*, sem enxergar a si mesmos como inovadores, como *juizes que efetuavam escolhas valorativas*, durante o embate travado com a política regulatória do *New Deal*, eles se mostraram incapazes de admitir uma mudança tão profunda no sentido do texto constitucional. Isto é, como negavam a *escolha valorativa* feita inicialmente, que lia o *due process of law* como protetor das liberdades econômicas e da propriedade, de acordo com as noções de Estado não interventor do final do século XIX, sustinham que esse era o sentido fixo, imutável da *cláusula, descoberto* conforme pretendido pelos *framers*.³⁴⁶ Partindo dessa noção de conteúdo imutável da cláusula, seguiram nesta vertente, aplicando-a nos contornos da *jurisprudência declaratória*, mesmo que as circunstâncias socioeconômicas se mostrassem completamente diversas, pois, de acordo com a abordagem tradicional, ao juiz caberia a aplicação *neutra* do texto *descoberto*.

Um exame do *approach* dos votos vencidos em *Parrish* é capaz de denunciar a *jurisprudência declaratória* e o molde *Tradicional* de *Judicial Review*. E não foi somente em *Parrish* que esta argumentação teve espaço, ela vinha ocorrendo em muitos outros. À medida que novas concepções

Op. Cit., p. 160-161. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 161-162: 178: 241. SUTHERLAND, Arthur E. Op. Cit., p. 609 e ss. KELLY, Alfred H. HARBISON, Winfred A. BELZ, Herman. Op. Cit., p. 494-500.

³⁴⁴ KELLY, Alfred H. HARBISON, Winfred A. BELZ, Herman. Op. Cit., p. 510.

³⁴⁵ Os *Justices* Stone e Douglas mantinham a noção do *substantive due process of law*, mas o *teste* que eles aplicavam, juntamente com a maioria da Corte, era *nominal*, pois bastava que encontrassem uma relação *concebível* como razoável entre

São bastante complexos estes rótulos liberal/conservadores para os *Justices* da Corte Suprema. Isso porque, ao correr da história constitucional norte-americana, o sentido desses termos varia muito. No período ora em estudo, tarjam-se de liberais os *Justices* que se mostravam favoráveis às políticas regulatórias nas searas econômica e social. Conservadores, são, portanto, os apegados às premissas do Estado liberal clássico. Essa terminologia foi adotada com função exclusiva de facilitar a referência a um grupo e a outro e não se perpetua ao longo do trabalho.

³⁴⁶ E, efetivamente, como foi visto no Capítulo I, foram muito debatidas a liberdade contratual e a proteção da propriedade pelos *framers* da Décima Quarta Emenda. Vide *supra*, capítulo I, subitem 1.3.1 e 1.3.2.

surgiam, conferindo sentido revigorado para algumas cláusulas constitucionais, em resposta às mutações sociais, mais os *Justices conservadores* clamavam pelos padrões tradicionais do controle de constitucionalidade, negando o papel *legislativo* das Cortes de Justiça, a ocorrência de *escolhas valorativas*, e apregoando a *descoberta* do sentido do texto constitucional, este um corpo imutável de princípios capazes de encampar novas situações, mas não de ter seu sentido pervertido por novas necessidades sociais.

Tal atitude, por parte dos componentes *conservadores* da Suprema Corte, gerou uma grande gama de críticas, encabeçadas pelas campanhas acusatórias do *governo pelo Judiciário*. Ironicamente, como diz Christopher Wolfe, os movimentos opositores mais significativos do *economic substantive due process of law* e das políticas da Corte Suprema não advogavam um retorno às premissas da *jurisprudência declaratória*, apelidada pejorativamente de *jurisprudência mecânica*. Uma vez que os *Justices* proclamavam a aplicação da *jurisprudência declaratória*, e por meio de seu formalismo estático recusavam-se a conferir uma interpretação revigorada ao devido processo legal substantivo, à liberdade contratual e à propriedade, mantendo viva a noção de que este era o significado originário da Constituição, houve uma identificação da *jurisprudência declaratória* com o *constitucionalismo laissez faire*. Assim, não foi atacado grandemente o *ativismo* da Corte, a sua determinação de políticas, mas sim a aplicação mecânica das cláusulas constitucionais, conforme tidas pelos *framers* e, portanto, obstaculizadoras da evolução social e mantenedoras do *status quo*. O descrédito no significado *único e imutável* da Constituição foi surgindo, e teorias *novas* foram tomando espaço, clamando por uma visão da Constituição *como um corpo vivo*, carente de adaptações a novas realidades. Pedia-se, então, por uma menor explicação do texto constitucional e uma maior visão política e social do documento, tornando-o amoldável a realidades diferentes.³⁴⁷

O ideário exposto por estes movimentos – prioritariamente o realismo legal e a jurisprudência sociológica – produziram um impacto. Como pano de fundo das discussões travadas em torno do devido processo legal substantivo econômico, estava um profundo repensar da Constituição, da sua interpretação e do papel do Poder Judiciário. Construía-se um novo aporte teórico, que *pavimentaria a via* condutora à atuação futura da Corte e ao ingresso na *Era Moderna* do controle de constitucionalidade. O devido processo legal substantivo, negligenciando seu *atestado de óbito* assinado por *Justice Black*, estaria presente nesta *nova Era*, desempenhando, mais uma vez, um papel de destaque. Uma simples nota de rodapé, presente no voto do *Justice Stone*, no caso *Carolene Products*, encarregar-se-ia de oferecer a *justa medida* para sua utilização futura.

³⁴⁷ WOLFE, Christopher. Op. Cit. Parte II, Capítulos 9 e 10, p. 205-241.

"A vida do Direito não foi a lógica; foi a experiência. As necessidades sentidas em cada época, as teorias morais e políticas predominantes, instituições de ordem pública declaradas ou inconscientes, até os preconceitos que os juizes compartilham com seus semelhantes tiveram participação bem maior que o silogismo na determinação das normas que deveriam dirigir os homens. O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação no curso de muitos séculos e não pode ser tratado como se apenas contivesse axiomas de um livro de matemática"

Justice Oliver Wendell Holmes

*"Na primeira noite eles se aproximam
e roubam uma flor
do nosso jardim.
E não dizemos nada.
Na segunda noite, já não se escondem.
Pisam as flores,
matam nosso cão,
e não dizemos nada.
Até que um dia,
o mais frágil deles
entra sozinho em nossa casa,
rouba-nos a luz e,
conhecendo nosso medo,
arranca-nos a voz da garganta.
E já não podemos dizer nada."*

Do segundo capítulo deste trabalho pode-se depreender que a versão substantiva do devido processo legal mereceu adesão pretoriana nos Estados Unidos apenas no final do século XIX, após vinte anos de maturação em votos dissidentes, formulados a partir da ratificação da Décima Quarta Emenda. Ao acatar a substantividade do devido processo legal, a Suprema Corte passou a revisar o mérito dos atos normativos constritores dos direitos de *vida, propriedade e liberdade*, utilizando a cláusula como um avanço no controle judicial de constitucionalidade, hábil a permitir à Corte o ingresso no exame da razoabilidade dos atos executivos e legislativos cerceantes dos direitos mencionados. Com isto, a Suprema Corte impulsionou o controle de constitucionalidade quantitativamente e alterou-o

* HOLMES, Oliver Wendell. *O Direito comum. As origens do Direito anglo-americano*. Trad. J. L. Melo. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. p.29.

qualitativamente, distanciando sua prática, como guardião da Constituição, do aporte teórico da *Era Tradicional da Judicial Review*. Embora não o fizesse de forma totalmente consciente, deliberada e com sustentáculo teórico adequado, a Corte adotou uma postura *ativista* quando chamava como fundamento decisório o devido processo legal substantivo.

No decurso da *Era Transicional da Judicial Review*, a Corte construiu a cláusula em exame como um anteparo a atos normativos privadores dos direitos de vida, propriedade e liberdade que não fossem fundados no interesse público ou que não guardassem correlação ou adequação entre os *fins* pretendidos e o *meio* escolhido. Ela lançou mão da *doutrina* do devido processo legal substantivo prioritariamente para a tutela das liberdades econômicas e da propriedade, fazendo-a carregar em si o ideário do Estado Liberal. Quando esse modelo de Estado entrou em colapso, o agir da Corte baseado no *economic substantive due process of law* estremeceu. Quando o Estado Liberal ruiu, cedendo espaço ao Estado de Bem-Estar Social, o devido processo legal substantivo, imbricado que estava com as premissas economicamente liberalizantes, foi declarado *morto* .

Parecia finda a jornada do devido processo legal substantivo no constitucionalismo norte-americano. No entanto, a *razão abstrata* dessa versão da cláusula, fornecedora de bases para o controle da razoabilidade dos atos normativos, permitiu que ela não morresse. Os fundamentos iniciais da manutenção do devido processo legal substantivo já se encontravam em algumas decisões da Corte, proferidas durante a *Era Lochner* , decisões estas que **não** se destinavam à salvaguarda de liberdades econômicas ou da propriedade, mas à tutela de liberdades civis de cunho não econômico. Através desses esparsos precedentes e do amoldamento de sua *razão abstrata* a novos setores, a *doutrina* constitucional da substantividade do devido processo legal encontrou um novo rumo. Nascia o *personal substantive due process of law* .

Ao iniciar o novo percurso, a Suprema Corte não utilizou o devido processo legal substantivo de modo *autônomo* , isto é, como protetor de *direitos não enumerados* na Constituição norte-americana, mas compreendidos como implícitos nos termos genéricos *vida, propriedade e liberdade* , presentes na redação da cláusula. Utilizou a cláusula como canalizadora de alguns direitos enumerados no *Bill of Rights* para os estados, fazendo valer a *incorporação seletiva* . Neste momento inicial de atuação pós *West Coast Hotel v. Parrish* , a cláusula atuou, pois, entrelaçada com outras Emendas à Constituição, mormente a Primeira Emenda, que abarca as liberdades de expressão, crença e exercício religioso e de associação. Após este interregno, a Corte resgatou, na década de 1960, a autonomia da *doutrina* do *substantive due process of law* , voltando a assegurar *direitos não enumerados* , porém implícitos nos termos genéricos *vida, propriedade e liberdade* e, nesse contexto, atuou na proteção de liberdades não econômicas, ficando em segundo plano a tutela das liberdades econômicas e da propriedade.

A *guinada* da Corte ao final da década de 1930 não significou, então, um abandono do *ativismo*. Ele adquiriu novos contornos, conscientes e teorizados, não restrito a duas cláusulas da Constituição, como ocorrera na *Era Transicional*, mas expandido a maior parte das cláusulas constitucionais. Dentre eles, o devido processo legal e sua faceta substantiva. A atuação não autônoma do devido processo legal substantivo corresponde à chamada *Early Modern Court*, e sua atuação autônoma a *Modern Court*. Como a Corte perfez seu *ativismo* com acompanhamento teórico, foram paulatinamente aclarados alguns tópicos referentes ao devido processo legal substantivo, como suas *características de aplicabilidade*, sua *função* e, também, sua *razão abstrata*.

Neste Capítulo, serão estudadas estas duas fases do devido processo legal substantivo, a não autônoma, ligada a *Early Modern Court*, e a autônoma, ligada a *Modern Era* da *Judicial Review*; nesta ordem. A primeira encontra-se no item 3.2 e a segunda no item 3.3. Em item anterior ao estudo dessas etapas, o item 3.1, serão apreciados os casos nos quais o devido processo legal substantivo funcionou protegendo direitos diversos da propriedade e das liberdades econômicas, ainda em plena *Era Lochner*, e que prepararam o terreno para os dois períodos seguintes.

Antes, porém, é essencial pontuar um corte epistemológico. Em variados casos, o devido processo legal substantivo agiu em searas altamente controversas e polêmicas, como as verificadas no contraste entre a segurança nacional e as liberdades de expressão e de associação, e nos tópicos derivados do direito de privacidade, como o aborto, a morte digna, a privacidade das transações financeiras, a homossexualidade, entre outros. Não é objeto do Capítulo adentrar nestas polêmicas, ou debater o teor decisório que a Suprema Corte lhes ofertou. Não se pretende discutir tais decisões ou tomar um posicionamento em relação a elas. A intenção é muito mais restrita, e consiste apenas em demonstrar o *modo* de atuação do devido processo legal substantivo nos casos abordados, para fornecer subsídios para a extração da *razão abstrata*, da *função* e das *características de aplicabilidade* desta versão do *princípio*, a ser realizada no Capítulo quarto.

3.1 OS PRIMEIROS CASOS DO *PERSONAL SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW*: EM PLENA *ERA LOCHNER*

Nos *Slaughter House Cases*, o Justice Miller asseverou que a Décima Quarta Emenda fora aprovada e ratificada com o escopo único de remediar a *questão racial* que assolava os Estados Unidos. No entanto, esta visão não correspondia à história congressual e ratificatória da Emenda, e apenas por um curto lapso foi abalizada pelo Pretório Excelso. Em seguida, foi utilizada, mormente por meio da *doutrina* do devido processo legal substantivo, para proteger liberdades econômicas e a propriedade, independente do envolvimento de problemas de raça. Efetivamente, o devido processo legal substantivo teve lugar **preferencialmente** na proteção das liberdades econômicas e da propriedade no interregno 1890-1937.

No entanto, é falso afirmar peremptoriamente que este campo de aplicação foi exclusivo. Houve alguns casos esporádicos nos quais a *doutrina* foi invocada e sustentada para tutelar liberdades não econômicas, para assegurar direitos de minorais e, em combinação com a *igual proteção*, para remediar a *questão racial*. Nessas searas, porém, a aplicação foi muito restrita e não se faziam presentes nem o *escrutínio estrito* nem a *presunção de inconstitucionalidade*, isto é, valia o *teste da razoabilidade mínima*³⁴⁹. Importa conferir estes casos, pois em alguns encontra-se o germe da nova faceta assumida pelo *substantive due process of law* após a virada da Corte em 1937 e, em outros, a posição derrubada por meio do devido processo legal e da *igual proteção* nas décadas vindouras. Como diz Carlos Roberto de Siqueira Castro: “o aproveitamento da cláusula *due process of law* no contexto dos Direitos Fundamentais ‘não econômicos’ já ensaiara seus primeiros passos nos anos vinte, ainda em plena Era *Lochner*.”³⁴⁹

Foram poucos casos, se comparados aos de caráter economicista. É possível, no entanto, separá-los em três áreas: a) casos envolvendo a *questão racial*, solvidos através da combinação do devido processo legal substantivo e da *igual proteção* (subitem 3.1.1); b) casos versando sobre *direitos não enumerados*, mas abarcados pela *liberdade genérica* do devido processo legal (subitem 3.1.2); c) casos sobre a *incorporação* dos direitos da Primeira Emenda no devido processo legal da Décima Quarta (subitem 3.1.3).

3.1.1 ATUANDO EM FACE DA QUESTÃO RACIAL

No quadro da *igual proteção*, no qual o viés substantivo do devido processo legal atuava como um coadjuvante, a Suprema Corte contrariou as expectativas e não deu vazão à expansão do Poder Judiciário para a proteção dos direitos dos negros e a amenização da *questão racial*. Apoiou-se, com maior frequência, nos padrões tradicionais da *Judicial Review*, agindo apenas contra *claras* violações da Constituição e sempre mantendo um alto teor de deferência legislativa. Sua atuação neste intervalo recebe dentre outros qualificativos os de “*tímida*”³⁵⁰ e “*dormente*”.³⁵¹ Notória expressão desse comportamento da Corte foi o caso *Plessy v. Ferguson*,³⁵² no qual a Corte ofertou seu aval à teoria dos *separados, mas iguais*.

O caso versava sobre a inconstitucionalidade de uma lei da Louisiana, a qual determinava que companhias ferroviárias segregassem os passageiros em vagões distintos, ou com separações, de acordo

³⁴⁹ Acerca da *presunção de inconstitucionalidade*, do *escrutínio estrito*, do *teste da razoabilidade mínima*, consulte infra, capítulo IV, itens 4.3.1; 4.3.2 e 4.3.3.

³⁴⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Op. Cit., p. 71.

³⁵⁰ RODRIGUES, Leda Boechat. *A corte...* Op. Cit., p. 146.

³⁵¹ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 200.

³⁵² *Plessy v. Ferguson*. 163 U.S. 537 (1896). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/script/getcase.pl?court=us&vol=163&invol=537>. Acessado em: 22/05/2001.

com sua raça. Negros ficariam em um compartimento e brancos em outro. As acomodações e o tratamento despendido deveriam ser iguais. Ao passageiro de uma raça que insistisse em viajar no vagão da outra, previa-se uma pena de multa ou prisão.³⁵³ A mesma pena seria destinada ao oficial encarregado de retirar do trem aqueles que estivessem no vagão errado se não o fizesse. Esse funcionário possuía discricionariedade para decidir a que raça a pessoa pertencia. A Suprema Corte, em voto prolatado pelo *Justice Brown*, acatou a constitucionalidade da lei. Ele arguiu que a Décima Quarta Emenda havia sido desenhada para executar a igualdade entre brancos e negros, mas que, *pela natureza das coisas*, não poderia ser tida como apta a abolir distinções baseadas na cor. Salientou que leis exigindo a separação das raças não implicavam necessariamente a inferioridade de uma delas e, por isso mesmo, vinham sendo reconhecidas como inerentes ao poder de polícia dos estados. Calçando esta última afirmação, recorreu ao *costume* e ao *precedente*. Conferiu a razoabilidade da lei, presumindo-a válida e assegurando a larga margem de conformação dos legislativos. Reputou-a razoável, pois as acomodações eram iguais, e os *usos, costumes, tradições e necessidade de paz pública eram atendidos por ela*.³⁵⁴ O *Justice Harlan* não compartilhou desse entendimento. Segundo ele, a lei era uma *clara violação* à Constituição – que era um documento *cego quanto à cor* – haja vista que impedia brancos e negros de escolher com quem viajar e com quem conviver, aprimorando o choque racial. Disse que no futuro a decisão seria tarjada como tão perniciosa quanto à de *Dred Scott*. Ele negou o apreço da razoabilidade como inserto no poder das Cortes de Justiça.³⁵⁵

A linha decisória da Corte em *Plessy* foi considerada a quintessência do racismo. Por um lado, a Corte não deu vazão ao sentido da Décima Quarta Emenda, mantendo separados negros e brancos, com apoio na tradição. Uma das falhas apontadas foi exatamente essa: a Décima Quarta Emenda fora aprovada justamente com o intuito de quebrar algumas tradições. Por outro lado, a Corte demonstrou apego ao modelo tradicional de controle de constitucionalidade, e, não encontrando um ferimento explícito à letra da Décima Quarta Emenda, manteve a constitucionalidade da lei, recusando a expansão do *ativismo* nos casos versando sobre a liberdade contratual e a propriedade para o campo das questões raciais.³⁵⁶

³⁵³ *Plessy* insistia ser *branco*, por isso, comprou uma passagem nos vagões destinados a esta raça. Foi convidado a se retirar, recusou-se e foi preso. Alegou a inconstitucionalidade da lei, por ferir a *equal protection* e o *due process of law*, já que havia sido privado de sua liberdade de ir e vir, de sua liberdade de escolha. Alegou também, que a reputação de ser branco era sua *propriedade*, da qual havia sido privado sem o *due process of law*. Cf. *Plessy v. Ferguson*. 163 U.S. 537 (1896). Cit.

³⁵⁴ Nesse sentido: NELSON, William E. Op. Cit., p. 133; 185-187. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 200, 259-260.

³⁵⁵ Cf. *Plessy v. Ferguson*. 163 U.S. 537 (1896). Cit. Voto do *Justice Harlan*.

³⁵⁶ Nesse sentido: NELSON, William E. Op. Cit., p. 133; 185-187. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 200, 259-260.

No caso *Cumming v. County Board of Education*,³⁵⁷ deslindado três anos após *Plessy*, a Suprema Corte *sacralizou* a constitucionalidade da teoria dos *separados, mas iguais*. Ela considerou não irrita à Constituição uma lei estadual que ordenava a segregação das escolas primárias, utilizando-se dos mesmos argumentos expostos em *Plessy*. Desde que as escolas fossem iguais, não haveria problemas constitucionais na segregação. Novamente foi deferente ao Legislativo, presumiu válidos os seus atos e utilizou um padrão *Tradicional de Judicial Review*. Wolfe chama a atenção para o fato de a Corte ter atuado quando havia provas de que as acomodações ou estrutura do serviço não eram igualitárias, compelindo a igualização.³⁵⁸

Entrementes, se a Suprema Corte assumiu um padrão nos litígios envolvendo o *economic substantive due process of law*, não o fez quando a *questão racial* exsurgia. Via de regra, seguiu os moldes da *jurisprudência declaratória*, ou seja, moldes tradicionais de controle de constitucionalidade. Quando as leis eram *facialmente* atentatórias à Constituição, inconstitucionalizou-as, sem aplicar o *teste da razoabilidade*, conforme exemplos a seguir:

- a) uma Emenda à Constituição de Oklahoma que possuía uma cláusula conhecida como *cláusula avoenga*, que proibia iletrados de votar, a menos que seus antepassados houvessem votado antes de 1867;³⁵⁹
- b) uma lei que proibia negros de votarem nas primárias partidárias.³⁶⁰

Quando as leis não se apresentavam como *clara* violação da Constituição, a Suprema Corte negou sua competência, deixando a tarefa de conformação das cláusulas vagas com os Legislativos. Ilustra-se este posicionamento com as seguintes situações:

- a) proibições de voto aos negros nas primárias partidárias, por parte do partido político;³⁶¹

³⁵⁷ *Cumming v. County Board of Education*. (1899). Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. **A corte...** Op. Cit. p. 146.

³⁵⁸ Tem-se um exemplo no caso *McCabe v. Atchinson, Topeka and Santa Fé Railroad*. 285 U.S. 1511 (1914) Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 201.

³⁵⁹ A Emenda tinha o escopo óbvio de permitir que brancos analfabetos pudessem votar e de impedir que negros nas mesmas condições votassem. *Guinn v. U.S.* 238 U.S.347 (1915). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=238&invol=347> Acessado em: 22/05/2001.

³⁶⁰ Era uma lei do Texas que estatuiu que *em nenhuma hipótese poderia ser permitido aos negros votar nas primárias partidárias*. A Corte apoiou-se na Décima Quarta Emenda, considerando lei obviamente atentatória, sem empregar o *teste da razoabilidade*. *Nixon v. Herdon*. 273 U.S. 536 (1927). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=273&invol=536> Acessado em: 22/05/2001.

³⁶¹ O estado do Texas alterou o artigo da lei eleitoral viciado, e pôs em seu lugar uma autorização para os partidos determinarem as condições de votação em suas primárias. Questionando o novo artigo, há dois casos, nos quais o próprio partido (Democrata) afastava os negros das votações primárias. A Corte não encontrou *state action*, uma vez que entendeu a organização partidária como privada e o estado não obstaculizava o acesso dos negros às urnas nas eleições gerais. Anote-se que a própria Corte admitiu que os *efeitos* dos atos do partido eram idênticos aos obtidos com a lei texana inconstitucionalizada em *Nixon v. Herdon*, mas admitiu que nada poderia fazer, pois não havia uma *state action* conferindo-lhe competência. Sobre a derrubada desses precedentes, vide supra, capítulo II. subitem 2.1.2. *Grovey v. Townsend*. 295 U.S. 45. (1935) Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=295&invol=45> Acessado em: 22/05/2001. *Nixon v. Condon*. 286 U.S. 73 (1932) Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=286&invol=73> Acessado em: 22/05/2001.

b) execução de cláusulas contratuais discriminatórias.³⁶²

Em outros casos, porém, a Corte expandiu o significado da *igual proteção* e do devido processo legal, *construindo* estas cláusulas e atuando com teor de *ativismo* similar ao que empregava para os casos envolvendo a faceta econômica do devido processo legal substantivo:

- a) invalidação de um júri, no qual o réu era negro e aos negros era vedado assumir o posto de jurados;³⁶³
- b) sustentação da prisão de um juiz que, apesar da legislação *neutra*, impedia negros de exercerem a função de jurados.³⁶⁴

Neste último grupo inclui-se o conhecido caso *Buchanan v. Warley*.³⁶⁵ Encontrava-se em pauta a constitucionalidade de uma lei do município de Louisville, Kentucky, que proibia a compra, venda, aluguel e ocupação de residências, casas e lugares para reuniões por pessoas negras em quadras onde a maioria dos moradores fosse branca. A proibição inversa era também prevista, isto é, a mesma vedação atingia brancos em quadras onde a maioria dos moradores fosse negra.³⁶⁶ A Suprema Corte, após admitir a largueza do poder de polícia, pôs a seguinte questão como nuclear: *pode compra e venda, da qual a ocupação é um incidente, ser inibida pelos estados e municípios em razão da cor dos contratantes?* A Corte optou pela negativa, pelos seguintes motivos: a) a Décima Quarta Emenda nasceu com o escopo de recuperar a dignidade e a cidadania dos negros, e, pelos seus termos largos, havia se estendido à proteção de todas as raças contra atos governamentais *discriminatórios*; b) o arrazoado do caso *Plessy* não seria aplicável, pois em *Plessy* não havia a obstrução do direito de viajar dos negros, ao passo que aqui havia

³⁶² Pessoas brancas, proprietárias de terrenos e casas em uma mesma rua, elaboraram um contrato no qual se comprometiam a não vender, alugar ou doar os terrenos e as respectivas casas para negros. Um dos proprietários, à revelia do acordo, vendeu sua propriedade para uma negra, que tinha conhecimento do contrato proibitivo. Os demais contratantes ingressaram em juízo, tentando impedir a compra e a tomada de posse pela mulher negra. A Suprema Corte recusou-se a interferir, declarando-se incompetente, já que contrato não configurava *state action*. Também não anteviu *state action* na ação do Poder Judiciário ao executar a cláusula contratual discriminatória. Esta noção foi alterada em *Shelley*. Vide supra, capítulo II, subitem 2.1.2. *Corrigan v. Buckley*. 271 U.S.323 (1926). Disponível em: <http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=271&invol=323>» Acessado em: 22/05/2001.

³⁶³ *Strauder v. Virginia*. 100 U.S. 303. (1879) Disponível em: <http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=100&invol=303>» Acessado em: 22/05/2001.

³⁶⁴ Em que pese a existência de lei permitindo o acesso dos negros aos júris, um juiz os impedia de exercerem a função. Seu agir foi reputado desarrazoado e ele foi preso. *Ex Part Virginia*. 100 U.S. 303. (1880) Cit. Vide supra, capítulo II, subitem 2.1.2. Interessante apontar que este caso ensejou intensa discussão acerca da *independência judicial*. Sobre esse debate, além dos argumentos do caso, vide os comentários em NELSON, William. Op. Cit., p. 182-183.

³⁶⁵ Chama-se a atenção para o fato de este caso ser classificado por alguns como *economic substantive due process of law*, pois seu arrazoado central fundou-se na defesa da propriedade. Avaliando o caso, optou-se, tal qual Rotunda, Rodrigues e Wolfe, em classificá-lo como *personal substantive due process of law*, dada a pergunta formulada como nuclear. *Buchanan v. Warley*. 245 U.S. 60 (1917). Disponível em: <http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=245&invol=60>» Acessado em: 22/05/2001. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 413, nota 44. RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte...** Op. Cit., p. 147.

³⁶⁶ A lei não era retroativa. O município expôs como razões da lei a prevenção do conflito entre as raças, da paz pública, da pureza racial, a promoção do bem-estar geral e a manutenção do valor das propriedades dos brancos. *Buchanan*, um homem branco, pretendia vender um terreno e uma casa para um negro. A assinatura do contrato foi obstaculizada e, se o negro comprasse, não poderia ocupar a casa. *Buchanan* alegou a violação de *privilegios e imunidades*, a tomada de propriedade sem o *due process of law* e o ferimento da *igual proteção* *Buchanan v. Warley*. 245 U.S. 60 (1917). Cit.

uma privação de uso, gozo e fruição de propriedade tanto por brancos quanto por negros; c) o uso do poder de polícia foi reputado desarrazoado, uma vez que impedia o gozo e a disposição de um direito, constitucionalmente assegurado, tão-somente pela cor das pessoas. O *Justice Day* afirmou que o problema racial era uma constante, mas que não poderiam ser encontradas soluções às custas de privações de direitos.³⁶⁷

Quando se efetua o cotejo da aplicação do devido processo legal substantivo na questão racial com a feita nos casos envolvendo liberdade contratual e propriedade, percebe-se que naqueles a Corte utilizou-se da *doutrina* do devido processo legal substantivo de forma muito tênue. Não atingiu os padrões *ativistas* que havia atingido nos casos versando sobre a liberdade contratual e a propriedade. Isto, de certa forma, frustrou um dos objetivos centrais da Décima Quarta Emenda, justamente o de remediar as mazelas do trato diferencial entre negros e brancos. No mesmo rumo, quando estes casos são comparados com a linha envolvendo a *questão racial* na atualidade, percebe-se o quão tímida foi a atuação da Suprema Corte nesta seara à época. Importa informar que após a década de 1950, prioritariamente após a decisão do caso *Brown v. Board of Education**, a Corte trasladou os padrões *ativistas* para a *questão racial*. Todavia, não o fez a partir do devido processo legal substantivo. Decantou o devido processo legal e a *igual proteção*, oferecendo para cada um deles *razões abstratas, funções e características de aplicabilidade* distintas. A firme aliança e a contínua combinação entre *due process of law* e *equal protection* suavizaram-se. Os casos relativos à *discriminação* – seja de raça, de gênero ou de opção sexual – recaíram no âmbito da *igual proteção*, interpretada de modo substantivo, ensejando, também, o *ativismo*. O devido processo legal substantivo deixou de ter atuação relevante e primeira nestes campos. Por este motivo, doravante, raros serão os casos ligados à problemática da discriminação, pois está excluída da temática central e dos objetivos específicos desta dissertação o estudo da *igual proteção*.

No período que corresponde à *Era Lochner*, não foi apenas na questão racial que o devido processo legal substantivo atuou. A Corte, timidamente, já iniciava sua utilização em outros campos, levando-o a proteger liberdades outras, distintas da contratual, e também *não enumeradas* na Constituição. Então, além de garantia de razoabilidade nas intrusões governamentais na liberdade contratual e na propriedade, a cláusula já passava a tutelar outras liberdades, em casos que constituem a

³⁶⁷ O *Justice Day* recusou-se a discutir a legitimidade da segregação compulsória das quadras residenciais. Restringiu-se à privação de disposição da propriedade em razão da cor. *Id.*

Brown v. Board of Education é o caso clássico de dessegregação. Nele, a Suprema Corte determinou a inconstitucionalidade da *doutrina dos separados mas iguais*, ordenando a dessegregação nas escolas. Ademais, este caso é marco da *affirmative action*, pois a Corte aceitou a constitucionalidade de programas de cotas para o ingresso em escolas e universidades.

base primeira da atual dimensão do *personal substantive due process of law*. Dentre eles, destaca-se *Meyer v. Nebraska*, o qual abarcou uma leve aplicação do devido processo legal substantivo, mas de cabal importância hodiernamente. Esse e outro caso que se seguiu imediatamente serão estudados a seguir.

3.1.2 ASSEGURANDO DIREITOS NÃO ENUMERADOS

Durante a *Era Lochner*, um *direito não enumerado* mas abarcado pelo *due process of law* mereceu proteção especial pela Suprema Corte. Tratava-se da liberdade contratual. Foram poucos os casos desse interregno nos quais a Corte reconheceu como salvaguardados pelo *princípio* outros *direitos não enumerados*. São exemplos os casos *Meyer v. Nebraska*³⁶⁸ e *Pierce v. Society of Sisters*,³⁶⁹ nos quais foram assumidas como dentro da *liberdade genérica* do devido processo legal a liberdade de cátedra e a liberdade dos pais na educação dos filhos.

Na primeira querela, chegou à Suprema Corte o questionamento da constitucionalidade de uma lei do Nebraska que proibia qualquer pessoa de ministrar aulas de línguas modernas diferentes do inglês em escolas privadas, públicas ou paroquiais, para crianças que ainda não tivessem concluído a oitava série. Àqueles que o fizessem, a lei impunha pena de multa ou prisão.³⁷⁰ Manifestando-se sobre a lei, a Corte, na voz do *Justice McReynolds*, não definiu a liberdade sob a guarida do *due process of law*, mas compreendeu-a largamente, colacionando diversas espécies dela já admitidas pela Corte, desde os *Slaughter House Cases* até *Adkins*:

*“Sem dúvida, ela não denota meramente liberdade de ir e vir, mas também o direito do indivíduo de contratar, de engajar-se em qualquer meio de vida comum, de adquirir conhecimento útil, de casar, de estabelecer um lar e de ter filhos, de louvar a Deus de acordo com sua consciência, e de gozar genericamente de todos os privilégios longamente reconhecidos pelo common law como essenciais à conquista ordenada da felicidade pelos homens livres.”*³⁷¹

³⁶⁸ *Meyer v. Nebraska*. 262 U.S. 390 (1923). Disponível em: <http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=262&invol=390>» Acessado em: 22/05/2001.

³⁶⁹ *Pierce v. Society of Sisters*. 268 U.S. 510 (1925) Disponível em: <http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=268&invol=510>» Acessado em: 22/05/2001.

³⁷⁰ Meyer foi julgado e condenado por lecionar alemão em uma escola privada a uma criança que ainda não havia concluído a oitava série. Ele alegou que a lei feria sua *liberdade* protegida pelo devido processo legal da Décima Quarta Emenda, o impossibilitava de exercer plenamente sua profissão e agredia a liberdade dos pais de educarem suas crianças. O estado justificara a lei no *perigo* representado por pessoas criadas nos Estados Unidos e que aprendiam como língua materna a de seus ancestrais estrangeiros. Pretendia que o inglês se tornasse sua língua materna, incentivando nas crianças sentimentos patrióticos. *Meyer v. Nebraska*. 262 U.S. 390 (1923). Cit.

³⁷¹ *Meyer v. Nebraska*. 262 U.S. 390 (1923) Cit. “Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by freeman.”

Anote-se que esta noção *larga* da liberdade tutelada pelo devido processo legal e os exemplos conferidos pelo *Justice McReynolds* renderiam a consagração de diversas liberdades como salvaguardadas pelo devido processo legal, refletindo-se anos depois nos casos sobre *privacidade* que envolviam proibição do uso de anticoncepcionais, a criminalização do aborto, a liberdade de casar, entre outras.*

Após a explicação, o *Justice McReynolds* aferiu a razoabilidade da lei, explicitando que: “*a doutrina estabelecida é que não se pode interferir nesta liberdade, à guisa de proteger o interesse público, por ação legislativa que seja arbitrária ou sem relação razoável com algum propósito dentro da competência estadual. Determinação pela Legislatura do que constitui o apropriado exercício do poder de polícia não é final nem conclusiva, mas sujeita a controle pelas cortes.*”³⁷² Chamou a atenção para a importância ocupada pela educação e pela aquisição de conhecimento para o *bom governo* e considerou estes assuntos de extrema relevância e carecedores de promoção diligente. Admitiu que ao estado era permitido regular alguns tópicos, como compelir os pais a enviarem crianças para as escolas e determinar currículos das escolas públicas. Reputou legítimo o *fim* almejado pelo legislador, em vista dos problemas recentemente enfrentados pela nação.** Mas negou que os *meios* escolhidos fossem adequados ao *fim* pretendido, pois privavam os professores do exercício de sua profissão, da liberdade de cátedra e a liberdade dos pais de escolher como educar seus filhos menores, sem prova da necessidade em tempos de paz. Também não viu correlação da lei com a saúde infantil, por não evitar o acúmulo de atividades mentais, posto que ela permitia o escólio de línguas arcaicas.³⁷³

Em sentido similar, a Corte destrinchou a questão constitucional posta em *Pierce v. Society of Sisters*,³⁷⁴ o qual versava sobre a inconstitucionalidade de uma lei do Oregon, que compelia pais e detentores da guarda de crianças entre dez e dezesseis anos a matricularem-nas em escolas públicas durante o ano letivo. A Corte considerou a lei ofensiva ao *due process of law* da Décima Quarta Emenda, uma vez que privava a liberdade de os pais e detentores da guarda de direcionar a educação das crianças e desvalorizava e destruía a propriedade de pessoas jurídicas engajadas em um negócio lícito. O foco

* Vide infra, Capítulo IV, subitem 4.2.2.

³⁷² *Meyer v. Nebraska*. 262 U.S. 390 (1923) Cit. “*the established doctrine is that this liberty may not be interfered with, under the guise of protecting the public interest, by legislative action which is arbitrary or without reasonable relation to some purpose within the competency of state to effect. Determination by the Legislature of what constitutes proper exercise of police power is not final or conclusive but is subject to supervision by the courts*”.

** Tratava-se da Primeira Guerra Mundial e, por isso, era o alemão a língua estrangeira proibida.

³⁷³ *Meyer v. Nebraska*. 262 U.S. 390 (1923) Cit. Voto do *Justice McReynolds*.

³⁷⁴ A lei excepcionava algumas situações, prevendo a concessão de licenças especiais. Àqueles que desobedecessem os ditames da lei ou não respeitassem seus critérios de excepcionalidade, estipulava como pena multa ou aprisionamento. As escolas que ingressaram em juízo ainda não haviam sido punidas, mas já sentiam os efeitos do ato, pela evasão escolar e rompimento dos contratos. No caso, duas escolas alegavam obstrução de sua liberdade negocial, propriedade e da liberdade

argumentativo recaiu sobre a primeira privação, apesar do reconhecimento da segunda. Para a Corte, o ato normativo não era dotado de razoável correlação com um propósito de competência do estado. Ademais, o próprio escopo da lei foi denominado irascível, uma vez que as *teorias de liberdade* adotadas nos Estados Unidos excluíam qualquer poder geral de padronizar as crianças, forçando-as a frequentar escolas públicas.³⁷⁵

Esses dois casos, embora pareçam singelos quando comparados aos atuais ou aos de identidade economicista, guardam em si a semente do que é hoje o *personal substantive due process of law*. Meyer é tão significativo que – seja em tom irônico pelos opositores, seja em tom *carinhoso* pelos adeptos do devido processo legal substantivo – costuma-se dizer hoje: *Meyer, como você cresceu!* Contribuiu imensamente para isso o conceito de liberdade aí estipulado, mais amplo que o de *Allgeyer*, e que inclui uma série de liberdades além da contratual, como a de informação, de casamento, de criar e de educar crianças, entre outras. Essa conceituação foi frutífera para as gerações futuras, conforme será possível conferir na continuidade deste estudo.

No tópico que se segue será estudado outro foco de atuação do devido processo legal substantivo de caráter não econômico: a canalização das liberdades da Primeira Emenda à Constituição para o cenário estadual, via *incorporação seletiva*. Essa Emenda contém as liberdades de crença e de exercício religioso, de expressão, de imprensa e de associação, sejam estas de cunho político ou não. No interregno até 1937, o devido processo legal nestes setores não foi responsável por um intenso *ativismo*, mas possui importância central para desenvolvimentos posteriores, prioritariamente no que toca à *doutrina da posição preferencial* e, também, ao *duplo padrão do teste da razoabilidade*.^{*}

3.1.3 CANALIZANDO AS LIBERDADES DA PRIMEIRA EMENDA

Outro campo de atuação da *doutrina* do devido processo legal substantivo no interregno ora em exame foi a proteção de algumas *liberdades enumeradas* na Primeira Emenda, primordialmente as liberdades de expressão, de palavra, de imprensa e de associação para fins políticos. O primeiro grupo – as liberdades de expressão, palavra e imprensa – entrou na cena de discussão constitucional por ocasião da Primeira Grande Guerra. Antes disso, não fora objeto de maiores debates, ressalvado o *Alien Sedition Act*, de 1798. Sem debates, a concepção dessas liberdades pouco sofreu alterações; seguiram compreendidas como o foram pelos *founding fathers*, os quais haviam se preocupado grandemente com a proteção das

de escolha dos pais, seus consumidores. *Pierce v. Society of Sisters*. 268 U.S. 510 (1925) Disponível em: «<http://case.law.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=268&invol=510>» Acessado em: 22/05/2001.

³⁷⁵ *Id.*

^{*} A *posição preferencial*, o *duplo padrão* e o *teste da razoabilidade* serão estudados no Capítulo IV, como *características de aplicação do substantive due process of law*, no item 4.3.

liberdades de expressão, palavra e imprensa, com escopo último de resguardar as liberdades políticas. Entretanto, jamais entenderam-nas como absolutas, universais e indenenes à restrição e à punição. Seguindo o rumo da *common law* inglesa, advogavam que elas se sujeitavam ao regime repressivo, e não ao preventivo, isto é, a proteção significava ausência de censura prévia. No período anterior ao advento da Décima Quarta Emenda, a tutela dessas liberdades era local, a cargo dos estados, normalmente sujeita ao majoritarismo das comunidades. Entre a ratificação da Emenda e a Primeira Guerra, essas liberdades não foram alvo de grandes disputas, nem foram introjetadas na *liberdade genérica* protegida pela cláusula devido processo legal. Conforme estudado, a intromissão protetora do Judiciário Federal através dessa cláusula centrava-se nas liberdades econômicas e na propriedade. Contudo, as situações trazidas pela Primeira Guerra impulsionaram o curto passo necessário para a expansão do rol de liberdades incluídas na atuação protetora do devido processo legal da Décima Quarta Emenda, a exemplo do padrão de controle federal utilizado para liberdades econômicas.³⁷⁶

Quando da Primeira Guerra, autoridades federais norte-americanas, mormente militares, consideraram necessárias restrições às liberdades de expressão, imprensa e associação, em nome da segurança nacional. Tais restrições ensejaram conflitos responsáveis pela transformação daquelas liberdades em problemas políticos de alta monta, com conseqüente produção constitucional a respeito. As constringências surgiram inicialmente em nível nacional, através de dois atos do Congresso: o *Espionage Act*, de 1917, e uma *emenda* a este, o *Sedition Act*, de 1919, mais abrangente e mais geral. Esses atos continham duas provisões de censura, uma que criminalizava a *tentativa* de causar insubordinação, de obstar o alistamento e o recrutamento militares e a divulgação de notícias falsas com a intenção de interferir nas operações militares. A outra, que instituíra uma censura *prévia*, autorizava que materiais considerados sediciosos ou traidores fossem extirpados de correspondências, à discricionariedade de um agente dos Correios. Contam Kelly e Harbison que à época o povo cria na legitimidade dessas medidas, elaboradas por seus representantes democraticamente escolhidos. Mas, ao mesmo tempo, alguns movimentos aderiam ao *libertarianismo civil*, e formavam grupos de apoio a objetores conscientes, socialistas e trabalhadores radicais contra a opressão. Não demorou para que choques com esses atos congressuais atingissem a Suprema Corte, em busca de uma resposta sobre sua constitucionalidade ante a Primeira Emenda.³⁷⁷ Ao decidi-los, a Corte optou pela constitucionalidade dos atos do governo

³⁷⁶ KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p.523-524.

³⁷⁷ Duas questões constitucionais importantes vieram à tona nesta ocasião. A primeira, o papel exercido pelo *Bill of Rights* em tempos de guerra. A história já demonstrara que o *Bill* não era excluído, mas também que sua aplicação não se mantinha igual aos tempos de paz. A Corte haveria de posicionar-se dentro deste largo espaço para determinar a *medida* de aplicação do *Bill of Rights* durante a Primeira Guerra. A segunda, a interpretação da Primeira Emenda, no que tange à liberdade de expressão. Ou a Corte seguiria na linha adotada anteriormente, que consistia na proibição de censura prévia e admissão de punição posterior de discursos injuriantes a particulares ou ao governo, ou rediscuti-la-ia e redesenharia seus contornos. *Id.* p. 524.

federal.³⁷⁸ Em pouco tempo, os estados trilharam o caminho iniciado pelo governo federal, editando seus próprios *atos de sedição e de espionagem*. Assim agindo, ofertaram margem para o estudo das relações entre as liberdades da Primeira Emenda e a cláusula do devido processo legal da Décima Quarta, quer dizer, se as liberdades de expressão, palavra, imprensa e de associação impostas ao governo nacional pelo *Bill of Rights* eram ou não incorporadas pela *liberdade genérica* dessa Emenda, e sob tutela do devido processo legal.

O primeiro caso estadual versando sobre este tema foi *Gilbert v. Minnesota*,³⁷⁹ decidido em 1920. Tratava-se de uma lei de Minnesota que criminalizava a tentativa de desencorajar o alistamento nas Forças Armadas. Gilbert foi condenado por proferir um discurso em local público com o fito de convencer ao não-alistamento. A maioria da Corte considerou, por voto do *Justice McKenna*, constitucional o ato normativo, sob o protesto dissidente do *Justice Brandeis*, o qual o classificou como uma interferência desarrazoada no direito de debater uma função federal, qual seja, o poder de declarar a guerra. Em que pese tal posicionamento da Corte, *Gilbert* adquire importância porque o voto majoritário admitiu *tacitamente* que a liberdade de expressão exposta na Primeira Emenda é incorporada pelo devido processo legal da Décima Quarta. Se ocorresse o inverso e o *Justice McKenna* houvesse insistido na negativa, teria precluído qualquer discussão das Cortes Federais sobre o assunto.³⁸⁰

Em 1925, surgiu mais um caso relacionado às restrições de liberdade de expressão, palavra e imprensa, advindas da *autoproteção* do governo. Nele, a Corte afirmou a constitucionalidade de uma lei de Nova Iorque, conhecida como *Lei de Anarquia Criminosa*. Era a contenda *Gitlow v. New York*.³⁸¹ Em

³⁷⁸ Em dois casos versando sobre a constitucionalidade do *Espionage Act*, a Corte optou por sua constitucionalidade, e confirmou as condenações. Foram eles: a) *Schenck v. United States*: a Corte manteve a condenação de réus, socialistas, que haviam postado circulares visando insubordinar as Forças Armadas e sustentar o êxito do alistamento e do recrutamento. O voto unânime foi proferido pelo *Justice Holmes*, que afirmou que a proteção do discurso depende das circunstâncias que o envolvem e de sua natureza. Segundo ele, a Primeira Emenda não é sinônimo de imunidade. O discurso, quando envolve *perigo claro e iminente*, é passível de punição. Aqui, o *Justice Holmes* iniciava a formulação do *teste do perigo claro e iminente*, em que pese ter punido o *tipo* de discurso, pela sua *tendência*. *Schenck v. United States*. 249 U.S. 47 (1919). Disponível em: <<http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=249&invol=47>> Acessado em: b) *Abrams v. United States*: A pena de prisão de vinte anos cominada a *Abrams* foi mantida. Tratava-se de um americano nascido na Rússia que publicara panfletos visando combater o envio de tropas norte-americanas à Rússia revolucionária, apregoando, para isso, greves, e recusa dos trabalhadores em produzir material bélico. A Corte considerou o discurso pernicioso e punível, aplicando o *teste da má tendência*. Em contrapartida, a aplicação do *teste do perigo claro e iminente* levou o *Justice Holmes* e o *Justice Brandeis* a emitirem votos dissidentes. No entender do *Justice Holmes*, estava-se a punir o pensamento. O panfleto fora feito para persuadir, e toda a idéia nasce com este intuito, então, não há como puni-la pelo simples fato de incitar a adesão do público. *Abrams v. United States*. 250 U.S. 616 (1919). Disponível em: <<http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=250&invol=616>> Acessado em: 22/05/2001. Fontes indiretas: WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 189. KELLY, Alfred H. HARBISON, Winfred A. BELZ, Herman. Op. Cit., p.532. RODRIGUES, Lêda Boechat. A corte Op. Cit., p. 149-150.

³⁷⁹ *Gilbert v. Minnesota*. 254 U.S. 325 (1920). Disponível em: <<http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=254&invol=325>> Acessado em: 22/05/2001.

³⁸⁰ Cf. KELLY, Alfred H. HARBISON, Winfred A. BELZ, Herman. Op. Cit., p.532.

³⁸¹ A lei tipificava como crime uma série de atos ligados à veiculação e à propagação da doutrina da *anarquia criminosa*, definindo-a como a doutrina que prega a derrubada do governo organizado pela força ou violência, assassinio de autoridades, ou qualquer outro meio ilegal. O descumprimento ensejava pena de prisão ou multa, ou as duas. *Gitlow*, membro

primeiro plano, a Corte admitiu que as liberdades de expressão e palavra, garantidas pela Primeira Emenda, estão sob a tutela do devido processo legal da Décima Quarta Emenda, obrigando os governos estaduais. Depois desta preliminar, a Corte elaborou a seguinte indagação: *a lei, como construída e aplicada pelas Cortes estaduais, privou Gitlow de sua liberdade de expressão, ferindo o devido processo legal da Décima Quarta Emenda?* A maioria da Corte asseverou que a liberdade de expressão é um direito protegido pelo devido processo legal, mas que está sujeito a restrições. Considerou o escopo do estado legítimo – proteger suas instituições e as fundações do governo organizado – e como um princípio essencial e primário de qualquer governo humano. Por isso, presumiu a validade da lei e aplicou o *teste da razoabilidade mínima*. Sem avaliar o *perigo claro e iminente*³⁸² provocado pelo Manifesto, a Corte reputou razoável a supressão pelo Estado de uma *faisca capaz de gerar um incêndio*. Em dissidência, os *Justices* Holmes e Brandeis, na voz do primeiro, aplicaram o *teste do perigo claro e iminente*, não o encontrando no caso, pois as idéias eram defendidas por uma pequena minoria, sem chances de iniciar uma conflagração. O *Justice* Holmes voltou a afirmar que toda idéia era um incitamento, e, como tal, convidava à ação, provocaria ação se fosse acreditada. Se as forças dominantes de uma comunidade tornassem esta ação vitoriosa, então o único significado de liberdade de expressão era que as *novas* idéias então aceitas deveriam ter tido sua oportunidade.³⁸³

Dois anos depois, a Corte decidiu o litígio *Whitney v. California*, no qual discutia-se a constitucionalidade da *construção* judicial da *Lei de Sindicalismo Criminoso* da Califórnia.³⁸⁴ A Corte

de uma facção radical de um partido de cunho socialista, ficou encarregado de gerenciar a publicação e circulação de um *Manifesto* e de Programas da facção. Ele assinou o *Manifesto* e viajou a diversas regiões do estado para propagá-lo. O *Manifesto* clamava pela *ditadura do proletariado*, a ser atingida através de greves gerais, revolta industrial, ação revolucionária de massa e pela derrubada e tomada do poder à força. Gitlow assumiu a responsabilidade pelo *Manifesto*. Seu advogado sustentou que para preencher o tipo penal deveria haver incitamento de ações imediatas e violentas, o que não era o caso. Gitlow foi acusado, processado e condenado por *júri* pelos dois fatos típicos expostos no texto legal. *Gitlow v. New York*. 268 U.S. 652 (1925). Disponível em: <http://caselaw.pl.fndlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=268&invol=652> Acessado em: 22/05/2001.

³⁸² O *teste do perigo claro e iminente* foi formulado pelo *Justice* Holmes, em seu voto dissidente em *Abrams v. United States*. Segundo o *teste*, para que um discurso seja proibido, não basta apenas *má tendência*, é necessário que traga em si um *perigo claro e iminente*, que suas consequências danosas não sejam meras suposições futuras, mas reais e atuais. Em uma criativa metáfora, Holmes invocou a lógica abstrata do *economic substantive due process of law* para a liberdade de expressão, dizendo que é permitido às pessoas tentar *mudar mentalidades, vendendo seus pensamentos no mercado das idéias, livres de intrusão governamental*; a aceitação delas é um risco que a liberdade de expressão tem que correr, para merecer este nome. *Abrams v. United States*. 250 U. S. 616 (1919). Cit.

³⁸³ *Gitlow v. New York*. 268 U.S. 616 (1919). Cit. Voto do *Justice* Holmes.

³⁸⁴ Era uma lei que tipificava como crime basicamente as mesmas ações que a lei de *Anarquia Criminosa* discutida em *Gitlow*, ligando-as ao *sindicalismo criminoso*, este definido como a doutrina que prega a necessidade da sabotagem, atos de força ilegais e métodos terroristas como meios de atingir uma mudança na propriedade da indústria, ou do sistema político. A desobediência era punida com prisão. *Whitney*, participou ativamente da organização do *Labor Party*, facção radical dissidente do Partido Socialista. Na elaboração da *constituição* do Partido, ela atuou como *mesária*, lendo as disposições para o público. A proposta inicial era a atuação por meio do processo político, isto é, eleições. Mas esta cláusula não foi aprovada, vencendo a orientação da III Internacional Socialista, que advogava métodos mais agressivos. *Whitney* não protestou a troca e assinou a *constituição*. Por tanto, foi processada, julgada e condenada. Alegou que a lei agredia as liberdades de expressão e associação e, também, a *igual proteção*, pois punia somente os que advogavam a derrubada do regime à força, e não aqueles que o mantinham à força. *Whitney v. California*. 274 U.S. 357 (1927). Disponível em: <http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=274&invol=357> Acessado em: 22/05/2001.

avaliou a estatuição específica do caso, qual seja, aplicação do *Syndicalism Act* da Califórnia de forma repugnante ao devido processo legal e a *igual proteção* da Décima Quarta Emenda. O ato foi presumido válido e a Corte sustentou ser claro que ele não agredia o devido processo legal, pois os termos definidores do fato típico não eram, como acusava Whitney, demasiadamente amplos e genéricos. Consoante a Corte, o Ato informava suficientemente sobre a conduta criminosa, de maneira compreensível ao *homem médio*. Reiterou que a liberdade de expressão não é absoluta, e que pode ser legitimamente constrita, como no caso, pois o estado estava a evitar o incitamento de ações criminosas e de conspirações criminosas, ainda mais perigosas que ações isoladas. A *construção* da Corte inferior foi considerada razoável. O *Justice Brandeis* concorreu, e, emitindo um argumento *libertário* sobre o significado das liberdades de expressão e associação, chamou a atenção para a punição de preparação, asseverando que o simples *medo* não pode legitimamente motivar uma adstrição a estes direitos, pois o *medo* queimara mulheres por se expressarem durante a Inquisição. Com fulcro nessas concepções, concluiu que as forças deliberativas deveriam prevalecer sobre a supressão, adotando a *presunção de inconstitucionalidade* do ato normativo delas constritor, invertendo o ônus da prova da constitucionalidade e aplicando o *teste do perigo claro e iminente*. Mesmo assim, manteve a condenação de Whitney, uma vez que fora provada sua participação não em simples expressão de idéias políticas, mas em um movimento de *conspiração* para a derrubada *violenta* do governo instituído. Apesar disso, ratificou que a associação política para a instauração de uma *ditadura do proletariado* não pode *de per si* ser punida, somente se advogar meios violentos.³⁸⁵

No mesmo dia, a Corte declarou inconstitucional a *construção* ofertada à lei de *Sindicalismo Criminoso* do Kansas pela Suprema Corte do estado, na lide *Fiske v. Kansas*.³⁸⁶ A Corte estadual não considerara a lei como ofensiva ao *due process of law* da Décima Quarta Emenda. A Suprema Corte questionou-se, então, se esta aplicação da lei ao caso era razoável. Respondendo, tarjou a *construção* da Corte inferior de desarrazoada e arbitrária, pois o estado não provara o caráter violento e agressor dos meios advogados pela Organização para a qual Fiske procurara novos membros. Assim sendo, reverteu o julgamento, como utilização arbitrária do poder de polícia estadual, atentatório à versão substantiva do devido processo legal da Décima Quarta Emenda.

³⁸⁵ *Id.* Voto do *Justice Brandeis*.

³⁸⁶ Tratava-se de uma lei análoga à *Lei de Sindicalismo Criminoso* da Califórnia. Fiske era membro de um *braço* da *Industrial Worker's of the World*. Ele advogou, sugeriu afirmativamente e ensinou que entre o capital e o trabalho não pode haver paz, incitando os trabalhadores a tornarem-se membros das instituições de que participava, as quais foram concebidas como defensoras da tomada do governo e dos meios de produção por métodos violentos. Fiske negou que a Organização pregasse qualquer tipo de violência, alegando que pretendiam *instaurar uma ditadura do proletariado* por meios pacíficos. Fiske foi condenado, e recorreu à Suprema Corte, alegando a inconstitucionalidade da *construção* da lei em face do *due process of law* da Décima Quarta Emenda, pois não houvera prova do caráter violento da organização da qual ele era membro e, portanto, das idéias que ele defendera. *Fiske v. Kansas*. 274 U.S. 380 (1927). Disponível em: <http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=274&invol=380>» Acessado em: 22/05/2001.

Em 1931, a Corte decidiu *Stromberg v. California*, declarando inconstitucional uma alínea de uma seção de um artigo do Código Penal estadual.³⁸⁷ A Corte maior estadunidense lembrou que a liberdade de expressão não é absoluta e que o propagar de métodos belicosos para a derrubada do governo pode ser punido. Em consonância com a Corte inferior, tarjou de irascível o fato *oposição ao governo organizado*, uma vez que sua amplitude e ambigüidade tornavam crime a expressão pacífica de pensamentos de oposição ao governo, método utilizado por vários partidos políticos e necessário à democracia. Esta alínea negava, assim, o devido processo legal.

Logo após, a Suprema Corte expressou-se no caso *Near v. Minnesota*, que trazia à baila a constitucionalidade de uma seção da *Session Laws of Minnesota for the year 1925*, que cerceava a liberdade de imprensa.³⁸⁸ Em primeiro lugar, a Corte decretou não mais estar aberta a debates sobre a incorporação da liberdade de imprensa no devido processo legal da Décima Quarta Emenda. Passou, então, ao exame da lei, considerando-a, desde o início, não usual, senão única. Afirmou que a liberdade de expressão é passível de supressões, mas que o costume é puni-la posteriormente e não previamente. Testando a razoabilidade da seção, concluiu que *punições* posteriores, como ações por calúnia, injúria, difamação e danos seguiam à disposição dos ofendidos, o artigo não os obstruía. Seu propósito não era, pois, a proteção do indivíduo difamado, mas do público em geral, evitando escândalos e a turbação da paz comunitária. Seu objeto não era punir, mas suprimir publicações futuras. Lembrou que a retirada de circulação se operava sem a prova da falsidade da notícia. Ademais, a prova exigida para o editor e publicante era difícil, indo além da exceção da verdade, exigindo prova da *boa-fé* e dos motivos justificadores. O artigo sob acusação não se dirigia só a pessoas privadas, mas a agentes públicos, os quais, pela própria função, estavam expostos. Ainda, o artigo colocava sob constante censura o periódico

³⁸⁷ A seção criminalizava o desfraldar da bandeira vermelha, ou qualquer outro símbolo ou emblema em lugares públicos ou em casas e prédios, como um sinal de: a) oposição ao governo organizado; b) convite e estímulo à ação anarquista; c) como um auxílio ou propaganda de caráter sedicioso. A pena cominada era de prisão. *Stromberg* lecionara em uma colônia de férias para crianças, ensinado-lhes história e economia, com conotações de apoio pacífico à causa socialista. Organizou na colônia uma cerimônia diária de hasteamento de uma bandeira vermelha com a foice e o martelo. Na biblioteca, havia diversos livros e panfletos propagandeando a *ditadura do proletariado*, alguns de modo violento, pregando a guerra. Muitos eram de propriedade de *Stromberg*. Ela foi condenada pelo júri. *Stromberg v. California*. 283 U.S. 359 (1931). Disponível em: <http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=274&invol=380> Acessado em: 22/05/2001.

³⁸⁸ A seção 285 proibia a edição e publicação habitual de matérias: a) obscenas, lascivas; b) maliciosas, escandalosas e difamatórias. A desobediência constituía crime. Ao acusador cabia mostrar as matérias e à defesa, provar sua veracidade, além de demonstrar que a veiculação havia sido de *boa-fé* e por motivos justificáveis. No período de produção desta prova, o órgão de imprensa acusado poderia ser retirado de circulação por prazo determinado e, ao retornar ao mercado, assumir o compromisso de não mais publicar o *tipo* de material vedado. *Near* publicara, em um semanário, artigos acusando altos funcionários da prefeitura, membros da polícia, de júrís e outros jornais de compactuarem com um *gangster* judeu nas atividades de *jogo*, tráfico de bebidas alcoólicas, chamando a atenção para a configuração de negligência e má conduta oficial. Acusava, também, a *máfia judia* do assassinato de um jornalista do semanário em questão. Foi, então, condenado. O semanário foi retirado de circulação e assumiu o compromisso *perpétuo* de não mais fazer publicações do mesmo *tipo*. Mesmo que os fatos fossem verdadeiros, disse a Corte inferior, não há justificativa para publicações tão escandalosas e perturbadoras da paz pública. *Near* alegou a privação da liberdade de imprensa de forma desarrazoada, e portanto violativa do *due process of law* da Décima Quarta Emenda. *Near v. Minnesota*. 283 U.S. 697 (1931). Disponível em: <http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=283&invol=697> Acessado em: 22/05/2001.

condenado, dado o *compromisso perpétuo* de não veicular um *tipo* de discurso. Ora, obstando publicações futuras, exigindo o compromisso, e a produção de prova difícilíssima, o que se tinha era a *essência da censura*.³⁸⁹ O motivo do legislador foi condenado por irascível, pois a turbação da paz pública acabaria sendo mais intensa se as publicações fossem proibidas e se atos de corrupção pudessem ser escamoteados, retirando a coragem da imprensa. A censura prévia foi considerada uma constrição *sem precedentes* na história constitucional norte-americana. Nestes termos, a lei foi considerada irrazoável, mas a Corte, *an passant*, admitiu a possível constitucionalidade de leis prescrevendo punições posteriores à imprensa, bem como das ações por danos materiais e morais decorrentes das publicações.

Como se vê, o agir da Corte Suprema foi mesmo acanhado nos casos que contrastavam o poder de polícia dos estados e as *liberdades civis*, não econômicas, bem como naqueles que envolviam a *igual proteção* para amainar a *questão racial*. O *due process of law* da Décima Quarta Emenda não angariou, aqui, o mesmo posto que atingira na proteção das liberdades econômicas e da propriedade. Entretanto, com sua *morte* declarada naquelas searas, seu estado germinativo manteve-se presente e brotaria, ainda sutilmente nos primeiro vinte anos, mas com vigor depois disso, sempre protegendo as *liberdades civis* de índole não econômica. Como será visto no quarto capítulo, às liberdades de cunho econômico e à propriedade, a Corte destinava um padrão mais rígido de aplicação do devido processo legal na *Era Lochner*, dificultando, assim, a *aprovação* dos atos normativos no *teste da razoabilidade* (averiguação da constitucionalidade). Entretanto, para os casos envolvendo as liberdades de cunho não econômico, estudados até aqui neste capítulo, a Corte destinava um padrão menos rígido, tomando mais fácil a *aprovação* dos atos normativos no exame de constitucionalidade.

Com a queda do devido processo legal substantivo em 1937, pensou-se que esta versão da cláusula *morreria*. Isto não ocorreu, no entanto. Os casos ora estudados, nos quais a cláusula era utilizada para tutelar liberdades não econômicas, foram responsáveis pela manutenção de sua *sobrevida* até a década de 1960, e por seu vigor desse período em diante, uma vez que forneciam rumos novos de atuação, que combinavam com os rumos da sociedade norte-americana e do seu constitucionalismo. No próximo item, examinar-se-á essa *sobrevida* do devido processo legal substantivo, mantido *vivo* com apoio em outras cláusulas constitucionais.

³⁸⁹ O *Chief Justice* Hughes admitiu que ela pode ocorrer em situações excepcionais, como guerra e incitamento ao crime e à violência. Admitiu a censura prévia de materiais obscenos e lascivos. *Id.*

3.2 *PERSONAL SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW* PÓS *NEW DEAL*: CONDUZINDO OS DIREITOS DO *BILL OF RIGHTS* AOS ESTADOS

A doutrina do devido processo legal substantivo, depois de aceita pela Suprema Corte, perdurou até 1937 com uma identidade basicamente economicista, tutelando o direito de propriedade e uma liberdade *não enumerada*, a contratual. Ensaçou, levemente, seus primeiros passos como canalizadora das liberdades da Primeira Emenda para o cenário estadual e como protetora de liberdades civis *não enumeradas* de índole não econômica, quais sejam, a de cátedra e a dos pais na educação dos filhos. Mas, como já estudado, o devido processo legal substantivo foi declarado morto e enterrado, juntamente com a derrocada do constitucionalismo *laissez faire*, na *Revolução Constitucional* de 1937. Esta declaração produziu um abalo significativo em sua atuação, reduzindo em alto grau sua utilização pela Corte maior estadunidense.

O abalo, entretanto, não seria fatal, pois a batalha posta no *New Deal* sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade e o papel do Poder Judiciário plantara interrogações cujo exame produziu como fruto o surgimento de um novo aporte teórico para embasar estes temas. Consoante já referido, os movimentos de crítica haviam operado uma certa identificação entre o devido processo legal substantivo econômico, o *constitucionalismo laissez faire* e a Constituição tal como construída pelos *founding fathers*. Estes criticismos deram azo à insatisfação e à perda de credibilidade no texto constitucional originário, e, em consequência, na *jurisprudência declaratória*. O *trabalho cego na Constituição*³⁹⁰ era alvo de ataques sucessivos. Mas as críticas não ficaram adstritas a acusações da inadequação da Constituição, escrita à luz de vela de sebo, para os tempos modernos. Elas demonstravam disposição para resgatar o texto, enfatizando a necessidade de sua adaptação e vivificação, e, como rumo, centravam foco no papel interpretativo das Cortes de Justiça, moldando-o de modo bem diverso do que se verificava na *jurisprudência declaratória*. O modelo teórico que começou a ser construído tem particular destaque na construção da *Era Moderna* da *Judicial Review*. Por isso, serão citados e comentados, com caráter imensamente sintético, alguns autores e respectivas obras que contribuíram para a construção desse modelo.

A *Era Tradicional* da *Judicial Review* caracterizava-se pelo apego ao texto constitucional, à intenção dos *framers* e à autocontenção judicial. A *Era Transicional*, pela determinação de políticas pelo Poder Judiciário, com aspectos *ativistas* ocultos nas premissas teóricas do padrão anterior. A *Era Moderna*, que neste período em estudo iniciava, caracteriza-se pela assunção do papel *legislativo* das Cortes, com sustentáculo teórico próprio. É característico da *Era Moderna* a *liberdade* do julgador em

relação à intenção originária dos *framers* e sua visão da Constituição como *viva*, isto é, adaptável e não um corpo imutável e estanque de regras. Segundo o escólio de Wolfe, destacam-se na crítica e elaboração do novel fulcro do controle de constitucionalidade e do papel do Judiciário:

- a) Woodrow Wilson, com duas obras. Na primeira, *Congressual Government*, chamou atenção para o caráter defectivo da Constituição, mormente no tocante à tripartição de poderes e à estruturação do federalismo. Apontou dois modos de reação, ambos calcados na simplicidade, elasticidade e adaptabilidade da Constituição: um, o processo de Emendas, moroso e complexo; o outro, o processo de construção judicial, mais simples e menos moroso. A obra, no entanto, não contava com capítulo específico sobre o Poder Judiciário e sua função interpretativa. Na segunda, *Constitutional Government*, abandonou um pouco o tom de crítica e aumentou a ênfase na adaptabilidade da Constituição. Rejeitou a leitura *newtoniana* do texto constitucional, capaz de torná-lo insatisfatório à sociedade, chamando por um novo método, *vivificador*, no qual os mandamentos elásticos da Constituição mostram seu potencial à sobrevivência. Nele, a Constituição deixa de ser um *documento de advogados* para tornar-se *um instrumento de vida*. Mostrou a Suprema Corte como um fórum não político, com poder político, onde posições podem ser tomadas com independência. Acentuou o caráter político da atividade judicial, realizadora da adaptação extrínseca da Constituição, através da determinação de princípios de alta vagueza. Winston também preparou o terreno para a colocação da intenção original dos *framers* em segundo plano.³⁹¹
- b) *Revisionistas Históricos*: escola que buscou reinterpretar a história de formação da Constituição norte-americana, por meio de um argumento central, o qual apregoava a Constituição como um documento deliberadamente não democrático, cuja intenção primeira era proteger os interesses econômicos e de propriedade dos *framers*, todos pertencentes às classes mais abastadas. Nessa escola, J. Allen Smith, com a obra *The Spirit of American Government*, Charles Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, e Vernon Parrington, com *Main Currents in American Thought*. Guardadas, é claro, as diferenças e particularidades de cada uma das obras, seu ponto nodal consistia em demonstrar, através da história, que as instituições governamentais e sua sistemática foram construídos para proteger a propriedade, as classes mais ricas e evitar o choque pelo controle da maioria da população e da oligarquia proprietária. Estes textos foram muito invocados frente ao *constitucionalismo laissez faire*, e com seu auxílio, operava-se uma identificação da Corte Suprema com estes interesses *oligárquicos*. Como efeito, auxiliaram a minar a imagem e o profundo respeito dirigido aos *framers*.³⁹²
- c) Oliver Wendell Holmes: Há longa data, o *Justice* Holmes já agia como um arauto do modelo de controle de constitucionalidade que ora tomava forma. Ele não se centrou em criticar a Constituição, nem seu anacronismo. Holmes discutiu o caráter legislativo da atividade jurisdicional, ofertando impulso inicial ao processo de conscientização dos juízes. Seus pontos de vista podem ser extraídos de seus votos na Suprema Corte, como também na obra *O Direito Comum*. Nela, a partir dos métodos da *common law*, demonstrou que os juízes usam de outras fontes além da lógica para destrinçar casos. Segundo ele, a *forma* da lei é lógica, mas sua substância é legislativa, por isso, o desenvolvimento de um princípio num litígio é muito mais um entendimento de políticas públicas do que exercício de raciocínio

³⁹⁰ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 203 e ss.

³⁹¹ Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 206 e ss.

³⁹² Cf. BEARD, Charles A. Op. Cit., passim. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 206 e ss.

lógico. A tarefa de interpretar consiste em adaptar princípios abstratos às mudanças sociais e políticas da comunidade. Assim, uma antiga fórmula mantém-se, mas revigorada e com novo conteúdo. Neste ensejo, a história de uma cláusula não pode ser vista de modo estanque, mas como linha evolutiva, fornecedora do sentido abstrato da fórmula. Assim sendo, as palavras dos *framers* não podem ser lidas quanto a especificidades, pois se destinavam a um organismo infante. A compreensão delas deve realizar-se pelo sentido geral, amoldado ao organismo crescido e maduro. Novos conteúdos devem ser ofertados a velhas fórmulas, por meio da interpretação de cláusulas-*chave*. Comentando esta obra, Wolfe diz que o exemplo mais óbvio da noção de Holmes de ofertar novo conteúdo a velhas fórmulas é o devido processo legal substantivo, o qual Holmes insistia que deveria deixar de tutelar direitos de cunho econômico para proteger as liberdades da Primeira Emenda, recebendo novo conteúdo através da mesma lógica abstrata,³⁹³

- d) Benjamin Nathan Cardozo: sua premissa de partida foi a assunção do direito criado pelos juízes como um fato da realidade. Os juízes decidem, e, ao fazê-lo, não apenas reproduzem as palavras da lei, mas constroem Direito, embora intersticialmente. Deste modo, nega que os juízes possam ser sempre totalmente objetivos, mecânicos, neutros. Pelo contrário, considera importante que esta noção seja quebrada, para que os juízes, quando fizerem escolhas, prefiram aquelas que melhor atendem às necessidades sociais. O juiz *criativo*, que constrói Direito é elogiado em sua obra, como um responsável pela idéia de *Constituição viva*, ao passo que o juiz mecanicista, que trabalha com a memória e a comparação com o precedente, não é capaz de levar um sistema de Direito avante. Embora não confira maior importância à vontade do legislador, nem do constituinte, ele admite que os momentos de *criação* judicial são poucos, e que o trabalho mecânico consome a maior parte do tempo de um juiz. E, em que pese negar a possibilidade de um julgamento completamente objetivo, pela própria natureza humana, ele apregoa a existência de alguns guias capazes de limitá-los, evitando o outro extremo, a total subjetividade.³⁹⁴

Este novel arcabouço permitiu a formação de uma atmosfera de abertura a novas interpretações constitucionais e ao incremento da *Judicial Review*, de forma consciente e teorizada. Neste caminho, a Suprema Corte não aderiu a uma postura autoconstrita e sem atitudes *ativistas*; ao contrário, passou a assumir sua função *ativista* e *modernizadora* do texto constitucional. Para impulsionar na prática essa conscientização da *função criadora e ativista* das Cortes de Justiça, os juízes e os *Justices* não partiram de uma “*tabula rasa*”,³⁹⁵ pois estava a seu alcance o *arrazoado abstrato* do devido processo legal substantivo na *Era Transicional* e seus efeitos sobre o papel das Cortes. O exemplo ali estava. O tipo de atuação judicial ensejada por tal cláusula alastrou-se a outras cláusulas constitucionais, e ao papel geral do poder Judiciário, dando ensejo ao nascimento da *Modern Era* da *Judicial Review*.^{*} Em uma ambiência macro e compreensiva do papel *ativista* das Cortes de Justiça, o devido processo legal deixou de ser o

³⁹³ HOLMES, Oliver Wendell. Op. Cit., passim. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 206 e ss.

³⁹⁴ CARDOZO, Benjamin Nathan. *The nature of judicial process*. New Heaven: Yale University, 1921. passim. Esta obra de Cardozo foi adquirida pela *internet*, via *download*, na forma de *ebook*. Devido à formatação, a numeração das páginas não corresponde exatamente as da edição da Universidade de Yale. Portanto, as referências às páginas serão aproximadas, não exatas.

³⁹⁵ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 241.

^{*} Há que ser lembrado que a cláusula do comércio também fora um âmbito de *ativismo* da *Era Transicional*.

ator principal, como fora na *Era Transicional*, mantendo, todavia, um importante papel no cenário constitucional.

No período 1937-1954, referido por Wolfe como *Early Modern Court*,³⁹⁶ o devido processo legal substantivo praticamente não teve utilização isolada, na proteção de *direitos não enumerados*, mas teve utilização ao lado de outras cláusulas do *Bill of Rights*, conduzindo-as, via incorporação seletiva, à limitação dos governos estaduais. No interregno referido, a combinação do devido processo legal da Décima Quarta Emenda operou-se primordialmente com os direitos e liberdades assegurados na Primeira Emenda à Constituição. Porém, neste momento inicial da Era Moderna, a Corte ainda se manteve autoconstrita no que toca às liberdades e direitos *não enumerados*.

Apesar de não mais contar com idêntica aplicação, qual seja, a proteção das liberdades econômicas e da propriedade, a *razão abstrata* do princípio foi mantida, *vedação de privações governamentais arbitrárias dos direitos de vida, propriedade e liberdade*. O *teste da razoabilidade* foi mantido em suas características basilares, e, para alguns direitos, outros testes foram acoplados a este, como, por exemplo, o *teste do perigo claro e iminente* em questões de liberdade de expressão. O padrão diferenciado de exame da razoabilidade, isto é, um exame de rigidez graduada de acordo com a natureza do direito envolvido,^{*} dantes ocorrente mas não formulado como *doutrina* constitucional, recebeu sua teorização e ganhou continuidade em novos moldes. A *Revolução Constitucional de 1937* não trouxe, pois, mudanças significativas na *doutrina* do devido processo legal substantivo, tão apenas no espaço constitucional de movimentação e aplicação da cláusula. O que mudou, então, foi a compreensão sobre o arbitrário e o desarrazoado. As restrições à propriedade e às liberdades econômicas deixaram de ser vislumbradas como potencialmente arbitrárias, ao passo que as restrições aos direitos assegurados na Primeira Emenda angariaram este posto. Assim, através da mesma *razão abstrata*, o devido processo legal substantivo começou a proteger outras liberdades, inaugurando ou ampliando em alguns setores sua tutela.^{**}

Esta nova forma de posicionamento da Corte não se deu isoladamente, mas em consonância com dois movimentos conexos, a queda do *constitucionalismo laissez faire*, com surgimento de um *novo* liberalismo, e a emergência das correntes do *libertarianismo civil*. Estes movimentos caminharam juntos

³⁹⁶ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 241 e ss.

^{*} Note-se que quando o direito de propriedade e as liberdades econômicas estavam envolvidas, havia o *escrutínio estrito* – exame rigoroso, ou a *presunção de inconstitucionalidade* do ato normativo questionado, ao passo que, quando estavam em jogo as liberdades não econômicas, não eram invocados nem o *escrutínio estrito*, nem a *presunção de inconstitucionalidade*. Vide infra, Capítulo IV, subitens 4.3.2 e 4.3.3.

^{**} Esta característica do *princípio* será melhor detalhada no estudo de sua *plasticidade*. Vide infra, Capítulo IV, item 4.1.2.

em um sentido: oferecimento de proteção federal a grupos previamente excluídos. O primeiro, a grupos de trabalhadores e pequenos agricultores, anteriormente negligenciados no palco político nacional, muitas vezes com a vênua da Suprema Corte. O segundo, o *libertarianismo civil*, a grupos raciais, partidários ou religiosos minoritários e com dificuldade de expressão no discurso político. Muitos direitos desses grupos foram reconhecidos pela atuação das Cortes de Justiça, máxime a Suprema Corte, a qual conseguiu *modernizar* o *Bill of Rights*, formulando, via construção e interpretação, novos direitos e garantias, e, através do devido processo legal da Décima Quarta Emenda, operar a nacionalização da Declaração de Direitos, impondo-a aos estados.³⁹⁷

No que tange ao devido processo legal, a medida de sua aplicação neste novo rumo foi aposta no caso *Carolene Products*,³⁹⁸ na hoje mais famosa nota de rodapé do constitucionalismo norte-americano, a número quatro do voto majoritário do *Justice Stone*. O caso, deslindado meses depois de *Parrish*, versava sobre a faceta econômica do devido processo legal substantivo. Seguindo a decisão *revolucionária* de 1937, a Suprema Corte, em *Carolene Products*, presumiu válida a regulação na seara econômica feita pelo Congresso, aplicou o *teste da razoabilidade mínima*, reputando a existência de qualquer base racional como suficiente para a aceitação da constitucionalidade da medida. A prova de inexistência da correlação *meio-fim* da medida regulatória recaiu sobre o litigante questionador da constitucionalidade. Como a Corte encontrou uma base para a medida – proteção do consumidor contra fraudes e contra a venda de produtos danosos à saúde, similares a produtos necessários na alimentação cotidiana – manteve a restrição como um exercício razoável dos poderes do Congresso.

A decisão da Corte em *Carolene Products* parecia indicar um total abandono do controle judicial das políticas legislativas e um consentâneo aumento da deferência legislativa. Assim, se houvesse *qualquer ligação* do *meio* com o *fim* pretendido, a medida seria mantida, com a *presunção de constitucionalidade* das escolhas legislativas. No entanto, na nota de rodapé número quatro, o *Justice Stone* esclareceu os limites deste posicionamento, confinando-o à seara econômica. Na nota de pé de

³⁹⁷ Disto, pode-se apontar duas conseqüências constitucionais: a) a tendência federalizante, que antes se apresentara na seara econômica e persistiu com as regulações federais na política do *New Deal*, foi fortalecida no campo das liberdades civis não econômicas. Então, a proteção federal dos direitos e garantias apostas no *Bill of Rights* conduziu a uma maior centralização federativa; b) houve reafirmação judicial após o *Packing Plan* de 1937, uma vez que mesmo aderindo à auto-restrição quanto a regulações no campo econômico e da propriedade, a Suprema Corte empregou seu *ativismo "quase legislativo"* na guarida das liberdades civis não econômicas. KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p.534.

³⁹⁸ Tratava-se da constitucionalidade de uma lei do Congresso ante o *due process of law* da Quinta Emenda. A lei proibia o comércio interestadual da nata do leite composta por qualquer outro óleo ou gordura que não a do leite. *Carolene Products* fora condenada pela violação do ato, pois comercializara um composto da nata do leite e óleo de coco, que imitava o creme de leite. O produto foi considerado como alimento adulterado, injurioso à saúde pública. A empresa alegou privação de sua propriedade sem observância do *due process of law*. *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=304&invol=144>> Acessado em: 22/05/200

página, articulou o conceito de *preferred rights**, direitos preferenciais, que autorizariam a Corte a diminuir o espaço de operação da presunção de constitucionalidade no exame da razoabilidade dos atos normativos que os constringissem. Dentre eles, citou as proibições específicas apostas nas dez primeiras Emendas à Constituição. Considerou, também, que as restrições a direitos e garantias de igual participação no processo político, como o direito de voto, de disseminação de informação e de assembléia pacífica, deveriam ser alvo de um escrutínio judicial mais rigoroso. O mesmo foi dito acerca de atos normativos nocivos a minorias insulares e com pouca participação no processo político. Deste modo, o *Justice Stone* estava a estabelecer um *duplo padrão* no exercício do controle de constitucionalidade: em relação à propriedade e às liberdades econômicas; aplicar-se-iam o *teste da razoabilidade mínima* e a *presunção de constitucionalidade* dos atos normativos. Entretanto, para outros direitos, considerados *preferenciais*, aplicar-se-ia o *escrutínio estrito*, com necessidade, para a satisfação do *teste da razoabilidade*, de uma **clara e insofismável** correlação entre os *fins* e os *meios* adotados pela medida restritiva, e, portanto, com uma diminuição do espectro de atuação da presunção de constitucionalidade dos atos normativos.** Então, o texto da nota de rodapé número quatro do caso *Carolene Products* não permitiu que este significasse o dramático abandono da *doutrina* do devido processo legal substantivo, mas permitiu à Corte deslocar a *doutrina* para novos campos.³⁹⁹

Dois destes novos rumos serão estudados no tópico subsequente: a) proteção de um direito dos trabalhadores, o piquete, compreendido como forma de liberdade de expressão e *incorporado* pelo devido processo legal da Décima Quarta Emenda (subitem 3.2.1); b) tutela dos direitos da Primeira Emenda, canalizada aos estados através do devido processo legal da Décima Quarta Emenda (subitem 3.2.2).

3.2.1 TUTELA A UM DIREITO DOS TRABALHADORES: O PIQUETE.

Um dos setores em que a Suprema Corte começou a dar mostras do *novo Direito Constitucional* foi no campo dos conflitos trabalhistas, através do reconhecimento do direito de os trabalhadores manifestarem pacificamente sua insatisfação na relação empregatícia através de piquetes e paralisações. A Corte admitiu a importância da publicização de fatos atinentes a contendas laborais e a importância dos piquetes e paralisações como arma para alterar as condições da relação de emprego e produzir discussão pública. Sendo assim, o piquete foi reconhecido pela Corte como uma forma de liberdade de expressão –

1. Edward Keynes, comentando a decisão da Suprema Corte, alega que a maioria falhou em vislumbrar o favoritismo que a lei estabelecia em favor dos produtores de derivados de leite. Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 133-135; 146-147.

* Anote-se que esta expressão só veio à tona alguns anos mais tarde. Vide infra, capítulo IV, subitem 4.3.2.

** As fundamentações, consequências e críticas à *doutrina constitucional* iniciada na nota de rodapé número quatro do caso *Carolene Products* e intitulada *preferred position* serão expostas no próximo capítulo, no item 4.3.2.

*** Sobre o *teste da razoabilidade*, a *presunção de inconstitucionalidade* e o *escrutínio estrito* vide infra, IV, 4.3.

e, portanto, tutelado pela Primeira Emenda à Constituição – e aplicável aos estados através do devido processo legal da Décima Quarta Emenda.* A assunção do piquete como forma de liberdade de expressão foi tomada por dificuldades, uma vez que esta manifestação envolve uma forma de intimidação na relação trabalhista, próxima da coerção e, muitas vezes, situa-se na berlinda entre manifestação pacífica e violenta. Assim, a Corte teve que definir as formas lícitas e não lícitas de piquete.⁴⁰⁰ Confirme-se a atuação da Suprema Corte neste setor.

A primeira aproximação da Corte para o reconhecimento do piquete como forma de expressão protegida pela Primeira Emenda e incorporada pelo devido processo legal da Décima Quarta Emenda deu-se em 1937, no conflito *Senn v. Till Layers Protective Union*,⁴⁰¹ no qual sustentou uma seção do Código Laboral de Wisconsin que legalizava o piquete pacífico e proibia as Cortes estaduais de fornecerem *injunctions* contra eles. O Justice Brandeis considerou que os meios de manifestação autorizados pelo estado não se constituíam em uma violação do devido processo legal da Décima Quarta Emenda, pois os membros dos sindicatos apenas fizeram uso de meios lícitos e pacíficos para ganhar o patrocínio do público em geral para sua causa. Incluiu expressamente o piquete como forma de *free speech*, a qual o estado não pode restringir desarrazoadamente.

A sugestão feita neste caso foi confirmada em *Thornhill v. Alabama*,⁴⁰² decidido em 1940. O Justice Murphy considerou a disseminação de informações concernentes a fatos da relação de emprego como dentro da área de *livre discussão* protegida pelo texto constitucional. Citando a nota de rodapé número quatro do caso *Carolene Products*, lembrou que a liberdade de livre manifestação do pensamento é uma das liberdades mais essenciais ao processo de discussão democrática. Como a restrição questionada proibia absolutamente o piquete, fosse pacífico ou violento, a seção questionada foi tomada por *facialmente* inconstitucional.

No ano seguinte, a Corte iniciou a traçar as linhas demarcatórias entre as formas protegidas de piquete e as passíveis de restrição. No mesmo dia, manifestou-se em dois casos, nos quais efetuou

* Acerca da *incorporação seletiva* e da *incorporação* dos direitos da Primeira Emenda no *due process of law* da Décima Quarta Emenda, vide supra, capítulo II, subitem 2.1.1.

⁴⁰⁰ Cf. KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p. 539 e ss.

⁴⁰¹ Seen pediu uma *injunction* proibindo duas unidades sindicais de fazerem piquetes contra seus estabelecimentos e portarem cartazes anunciando que ele era injusto com os empregados e com seus respectivos sindicatos. A *injunction* foi negada. *Senn v. Till Layers Protective Union*. 301 U.S. 468 (1937). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=301&invol=468> Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁰² Thornhill foi condenado por violar uma seção do Código estadual, que proibia piquetes e criminalizava o protesto e a tentativa de convencimento de terceiros a não fazer uso dos produtos ou não manter atividade negocial com um empregador específico. Thornhill *piqueteou* nas cercanias de uma Companhia e fazendo contato com os clientes da empresa, a fim de convencê-los de sua posição. Sua forma de piquete era pacífica, segundo prova testemunhal. A Corte de apelos manteve a condenação. Thornhill alegou que a lei violava sua liberdade de expressão e de assembleia, protegidas pelo *due*

distinções, demonstrando circunstâncias limitativas e não limitativas do piquete. Tratava-se de *Milk Wagon Drivers Union of Chicago, Local 753 v. Meadowmoor*⁴⁰³ e *American Federation of Labor v. Swing*.⁴⁰⁴ No primeiro,⁴⁰⁵ o *Justice* Frankfurter, pela maioria, afirmou que o piquete, quando acompanhado de violência, tinha um significado que neutralizava a imunidade constitucional a qual o ato teria se insularizado, isto é, sem a ocorrência de atos violentos e lesivos da propriedade tangível. *Thornhill* foi diferenciado e reafirmado, e a proteção nele posta não se estendeu, pois o *Bill of Rights* protegia apenas os meios pacíficos de acesso e convencimento da opinião alheia. No segundo,⁴⁰⁶ a Suprema Corte optou pela inconstitucionalidade de uma *injunction* perpétua concedida por uma Corte estadual, através da qual proibia-se a um sindicato de piquetear um estabelecimento na inocorrência de disputa trabalhista. A Corte asseverou que, se a manifestação fosse pacífica e não oferecesse *perigo atual e iminente*, a não-ocorrência de disputa trabalhista não seria fator razoável de embasamento de uma restrição ao direito, encampado pela liberdade de expressão e, portanto, resguardado com *olhar ciumento*.

No ano seguinte, em um caso que dividiu os membros da Corte, mais um limite ao direito de piquete foi estabelecido. Era o caso *Carpenters and Joiners Union of America, Local nº 213 v. Ritter's Cafe*.⁴⁰⁷ Nele, a Corte não assegurou a constitucionalidade de um piquete para pressionar um empregador a compelir outro empregador a contratar empregados sindicalizados. Usando do *balancing*, a Corte

process of law da Décima Quarta Emenda. *Thornhill v. Alabama* 310 U.S. 88 (1940). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=3014&invol=468>> Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁰³ *Milk Wagon Drivers Union of Chicago, Local 753 v. Meadowmoor*. 312 U.S. 287 (1941). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=312&invol=287>> Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁰⁴ *American Federation of Labor v. Swing* 312 U.S. 321 (1941). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=312&invol=321>> Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁰⁵ O esquema de circulação de leite na cidade de Chicago dependia da atuação de caminhões distribuidores. Realizando um piquete, o sindicato em tela utilizou-se da interceptação do esquema de circulação. Uma companhia, em ação judicial própria, pediu uma *injunction* para cessar a interferência com a circulação. Uma *injunction* preliminar, proibindo qualquer forma de piquete pelo sindicato, pacífica ou não, foi concedida. Em revisão, a *injunction* foi mantida, pois foram encontradas provas de violência em considerável escala, com uso de bombas, quebra de caminhões, lesão de motoristas, incêndio de lojas. A Corte Suprema de Illinois manteve uma *injunction* que proibia as atividades piqueteiras dos sindicatos em cena. *Milk Wagon Drivers Union of Chicago, Local 753 v. Meadowmoor*. 312 U.S. 287 (1941). Cit.

⁴⁰⁶ Um sindicato iniciou um piquete em frente a um salão de beleza, com o intuito de compelir os trabalhadores a sindicalizarem-se e o empregador a contratar empregados sindicalizados. Os piqueteiros portavam cartazes anunciando que o proprietário do estabelecimento era injusto com os sindicatos e buscavam persuadir os clientes a boicotar a atividade negocial. O proprietário do estabelecimento, juntamente com seus empregados, através da ação cabível, pediu uma *injunction* para coibir as atividades de piquete, que considerava violadoras da liberdade negocial, da liberdade de associação sindical, reputava os dizeres das placas falsos e injuriantes e acusava os piqueteiros de violência. As Cortes estaduais concederam e mantiveram uma *injunction* perpétua, impedindo o piquete, uma vez que ele não se relacionava diretamente com uma contenda entre patrões e empregados. *American Federation of Labor v. Swing* 312 U.S. 321 (1941). Cit.

⁴⁰⁷ *Ritter*, proprietário de um Café, contratou um empreiteiro para construir um prédio. O contrato de empreitada era silente a respeito da necessidade de sindicalização dos empregados. Para a construção, foram contratados trabalhadores não sindicalizados. O sindicato dessas categorias iniciou um piquete em frente ao Café, atividade negocial sem conexão direta com a obra. A manifestação foi pacífica, por meio de cartazes que anunciavam a situação e denunciavam a injustiça do empregador. Em adesão, o sindicato dos trabalhadores de restaurantes chamou os empregados do Café a uma greve e o sindicato dos caminhoneiros conseguiu prejudicar o abastecimento do Café, cuja queda da atividade negocial foi de 60%. A Corte texana proibiu o sindicato de realizar o piquete em frente ao Café, uma vez que esta era uma atividade negocial desvinculada da obra. *Carpenters and Joiners Union of America, Local nº 213 v. Ritter's Cafe*. 315 U.S. 722 (1942).

ponderou os interesses em jogo, sem reputar o piquete como merecedor do posto de direito *preferencial*. O piquete foi considerado injurioso a terceiros não envolvidos na contenda trabalhista, e, uma vez que outros canais e locais de manifestação mantinham-se abertos, a Corte reputou razoável a restrição feita pela Corte estadual.

Alguns anos depois, envolta em um clima mais conservador propiciado pelo término da Segunda Guerra Mundial e pela alteração de sua composição, a Suprema Corte ampliou a abrangência das restrições impostas ao direito de piquete. O primeiro caso no qual isso se verificou foi *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*,⁴⁰⁸ nele, a Corte, na voz do *Justice Black*, sustentou a *injunction*, entendendo-a como restrição razoável à liberdade de expressão na forma de piquete, já que o que estava a ocorrer não configurava mais mera liberdade de expressão, mas coerção econômica utilizada para conduzir alguém ao cometimento de um crime. Na década que se seguiu, a Suprema Corte restringiu ainda mais o alcance do piquete, que, mesmo sendo pacífico, deixou de ser admitido se ultrapassasse as lindes da liberdade de expressão e se possuísse por objeto questões outras que não disputas trabalhistas, permitindo aos estados regular os objetivos sociais de uso do piquete.⁴⁰⁹

A aceitação do piquete como forma de liberdade de expressão teve grande significância, uma vez que as liberdades dos empregados eram, antes disso, compreendidas como no mesmo patamar daquelas dos patrões, não se reconhecendo liberdades diversas para cada grupo. Os empregados, enquanto classe, não recebiam proteções específicas durante a *Era Lochner*; eles formavam um grupo cujas características peculiares não eram levadas em conta. A tutela do piquete como forma de expressão foi uma das primeiras manifestações da Suprema Corte de utilização do devido processo legal substantivo para figurar como barreira contra a exploração dos empregados, abrindo o caminho para a oferta de tutelas específicas a esta classe, em consonância com as premissas do *Welfare State* e do *libertarianismo civil*.

A tutela do piquete insere-se na dos direitos da Primeira Emenda, sendo o piquete considerado uma forma de liberdade de expressão, expressamente tutelada pela Emenda em palco. Mas essa proteção não esgotou a canalização dos direitos da Primeira Emenda, via *due process of law*, para os estados.

Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=315&invol=722> Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁰⁸ Os membros de um sindicato estavam organizados em busca de melhores condições de trabalho e tentavam angariar a adesão de não sindicalizados, que se recusavam a aderir. Para dissuadi-los, o sindicato adotou um plano, visando tornar impossível o trabalho dos não sindicalizados, que consistia na obtenção de um acordo entre os produtores de gelo, pelo qual estes se comprometeriam a não vender o produto a não sindicalizados. Apenas uma empresa recusou-se a aderir. Entretanto, o acordo que o sindicato estava compelindo os produtores a adentrar constituía tipo penal, consoante as leis anti-truste do Missouri. As Cortes estaduais concederam e mantiveram uma *injunction* proibindo tal piquete, já que seu escopo básico era impulsionar empresas ao cometimento de um crime. *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.* 336 U.S. 490 (1949). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=336&invol=490> Acessado em: 22/05/2001.

Entraram em cena as proteções à liberdade de crença e exercício religioso, de associação, mormente as de fins políticos e revolucionários, bem como a de imprensa. Esses campo de atuação do devido processo legal serão estudados no item a seguir.

3.2.2 DIREITOS DA PRIMEIRA EMENDA: ALVO DA PROTEÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Outra série de casos, nos quais a Suprema Corte erigiu salvaguardas a indivíduos que expressavam suas crenças e opiniões, reuniam-se publicamente, organizavam e participavam de paradas e distribuíam panfletos e literatura, demonstraram os novos campos de atuação da *doutrina* do devido processo legal substantivo. Tal se deu através da incorporação dos direitos da Primeira Emenda pelo devido processo legal da Décima Quarta, e também pelo repensar e remodelar a *construção* desses direitos. Um grande impulso a este agir foi fornecido por uma minoria religiosa, os Testemunhas de Jeová, cujas características peculiares de culto e crença⁴¹⁰ geraram conflitos, ensejando diversos casos, que envolviam não apenas a liberdade religiosa, mas imbricavam-se, também, com as liberdades de expressão e de associação. Na maioria das vezes, a Suprema Corte, ao lidar com os direitos das minorias e com as liberdades de consciência e ação religiosa e política, agiu em consonância com a nota de rodapé número quatro do voto do *Justice Stone* e com as correntes do *libertarianismo civil*, dando vazão à *doutrina* constitucional da *posição preferencial* para a aplicação do *teste da razoabilidade* e a uma nova compreensão dos direitos da Primeira Emenda.

Pioneiro caso versando sobre as liberdades de religião e de expressão, advindo de um conflito encampando membros da religião minoritária Testemunhas de Jeová, foi *Lovell v. City of Griffin*.⁴¹¹ A Suprema Corte, por voto do *Chief Justice Hughes*, lembrou que as liberdades de expressão e de imprensa protegidas pela Primeira Emenda, direitos fundantes das sociedades livres, são incorporadas pelo devido processo legal da Décima Quarta. A lei foi considerada facialmente inconstitucional, pois era muito

⁴⁰⁹ Foram os casos *International Brotherhood of Teamsters v. Hanke* (1950) e *International Brotherhood of Teamsters, Local 695 v. Vogt* (1957). Cf. KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p. 541.

⁴¹⁰ A religião Testemunhas de Jeová possui crenças e práticas bastante diferenciadas, as quais, muitas vezes, entram em choque com as alheias, bem como com algumas instituições e símbolos governamentais. Escorados em interpretações bíblicas, os Testemunhas de Jeová consideram satânicos os ensinamentos de todas as demais religiões e seitas e consideram sua missão disseminar esta informação. Não possuem templos ou espaços próprios para culto, crendo que a forma adequada de culto é a transmissão, oral ou escrita, nas ruas, praças, de porta em porta, de informações sobre sua religião. Recusam-se a praticar qualquer espécie de idolatria, não cultuando imagem alguma, mesmo as de cunho civil. Dizem *não pertencer a este mundo*, e, por isso, obedecem às leis de Deus e não às dos homens, recusando-se a participar de atividades cívicas, serviço militar, guerras, eleições e outras atividades políticas. Cf. RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte...* Op. Cit., p. 260. **O que Deus quer de nós?** Brochura. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1996.

⁴¹¹ Alma Lovell, Testemunha de Jeová, foi condenada ao pagamento de uma multa ou prisão, em caso de inadimplemento, por violar uma lei municipal que vedava a distribuição, gratuita ou comercial, de *literatura* nos limites do município, sem licença prévia do *City Manager*. Ela havia distribuído literatura (panfletos e revistas) nas ruas da cidade sem autorização prévia, foi presa e alegou que não precisava de tal licença, uma vez que suas atitudes foram feitas em louvor a Deus. Arguiu a violação da Décima Quarta Emenda, por cerceamento da liberdade de imprensa e de exercício religioso.

abrangente, uma vez que não elaborava distinções entre *tipos* de literatura, proibindo a distribuição de qualquer uma, em qualquer tempo, lugar e modo, sem licença prévia. Considerando despidendo averiguar os motivos da medida, a Corte repudiou a licença prévia, reputando-a como um dos piores tipos de censura, mormente quando posta em mãos de uma autoridade administrativa com total discricionariedade.

Neste rumo, a Corte foi bastante ágil ao derrubar atos normativos que condicionavam as liberdades de expressão, imprensa e atividade religiosa a licenças prévias e à discricionariedade de agentes administrativos ou que as proibissem absolutamente. Isso ocorreu nos casos *Schneider v. New Jersey*⁴¹² e *Cantwell v. State of Connecticut*.⁴¹³ No primeiro,⁴¹⁴ a Suprema Corte optou pela inconstitucionalidade das quatro leis questionadas, em voto da lavra do *Justice* Roberts, no qual foi lembrada a vital importância dos direitos em tela para as sociedades democráticas. Quanto aos três atos normativos que proibiam absolutamente a disseminação de informação, foi dito que as ruas eram espaço próprio para isto, cabendo aos estados e aos municípios regular o exercício desses direitos somente na presença de motivos razoáveis que justificassem a restrição. Nos casos em questão, este motivo não foi encontrado; nos motivos alegados não havia o *peso* necessário para o ofuscamento das liberdades em tela. A prevenção de lixo e sujeira nas ruas foi considerada motivo insuficiente para gerar uma restrição absoluta à circulação de informação. De acordo com a Corte, havia *meios menos lesivos* ao direito e mais eficazes para evitar sujeira nas ruas e, ademais, o responsável pelo lixo não era o distribuidor, mas o receptor que lançava papéis ao chão, sendo este o merecedor de punição, se fosse o caso. A lei de Irvington também foi tarjada de inconstitucional, porque a discricionariedade do agente administrativo para averiguar e julgar os casos tornava-se idêntica à censura. A vinculação dada pelo Legislador ao agente responsável – não conceder a licença somente em casos em que se verificasse a fraude – também foi considerada desarrazoada, uma vez que fraudes, como qualquer outro crime, deviam ser julgadas e punidas pelo Poder Judiciário.

Lovell v. City of Griffin. 303 U.S. 444 (1938). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=303&invol=444>» Acessado em: 22/05/2001.

⁴¹² *Schneider v. New Jersey*. 308 U.S. 147 (1939). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=308&invol=147>» Acessado em: 22/05/2001.

⁴¹³ *Cantwell v. State of Connecticut*. 310 U.S. 296. (1940). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=310&invol=296>» Acessado em: 22/05/2001.

⁴¹⁴ Tratava-se de quatro casos, todos relacionados com o questionamento da constitucionalidade de leis municipais regulatórias que exigiam licenças prévias, concediam larga margem de discricionariedade a agentes administrativos para regularem os direitos de liberdade de expressão e imprensa ou simplesmente proibiam a distribuição e circulação de alguns materiais. Leis das cidades de Los Angeles, Milwaukee e Worcester que proibiam absolutamente a distribuição de propaganda escrita em seus respectivos espaços públicos conduziram a condenações e à prisão de pessoas que utilizaram ruas e praças para a distribuição de panfletos. Como *fim* das leis, as cidades alegavam a prevenção do acúmulo de lixo e sujeira nas ruas. A lei de Irvington proibia a *comportage*, a solicitação de fundos, a venda ou distribuição de circulares de porta em porta, sem prévia autorização do chefe de Polícia do Município. A *finalidade* da lei era o zelo pela segurança das pessoas no

No segundo, *Cantwell v. State of Connecticut*,⁴¹⁵ a Suprema Corte recusou a constitucionalidade da *construção* feita pela Corte estadual sobre a seção legal que criminalizava a quebra da paz, argumentando que opiniões religiosas e políticas são essencialmente controversas e capazes de ofender terceiros. Dessa forma, sua simples disseminação, desacompanhada de assalto, violência, agressão verbal ou física, não pode ser tomada como quebra da paz, sob pena de severas e desartazoadas restrições à liberdade de expressão do pensamento. Para obtenção deste resultado foi aplicado o *teste do perigo claro e iminente*. A seção da lei que exigia licença prévia à arrecadação de fundos para instituições religiosas e filantrópicas também foi tida por inconstitucional, pelos mesmos motivos expostos no caso que envolvia a cidade de Irvington.

Sobre temas similares, a Suprema Corte manifestou-se em mais alguns casos, mantendo a premissa de *especial proteção* aos direitos da Primeira Emenda, canalizados para os governos estaduais através do devido processo legal da Décima Quarta Emenda: a) inconstitucionalidade de uma lei que criminalizava a distribuição e venda de literatura pelo sistema porta em porta,⁴¹⁶ considerada desprovida de razoabilidade por vedar absolutamente apenas a distribuição e venda de literatura através de um método, costumeiro nos Estados Unidos, que atingia apenas pessoas e grupos mais frágeis economicamente e que não possuíam meios de utilizar veículos de comunicação de massa. A ausência de razoabilidade na lei também foi exposta pela demonstração da existência de outros *meios* de proteger a privacidade e a propriedade, e com fulcro no direito de escolha do proprietário em receber ou não a informação;⁴¹⁷ b) proteção da distribuição de literatura em uma cidade pertencente a uma companhia.⁴¹⁸

município. Schneider, Testemunha de Jeová, foi condenada porque bateu de porta em porta vendendo livros e panfletos com um cartão de identificação de sua religião. *Schneider v. New Jersey*. 308 U.S. 147 (1939). Cit.

⁴¹⁵ Cantwell e dois sobrinhos, todos Testemunhas de Jeová, vendiam literatura religiosa, cuja propaganda era feita através de um disco. Os sobrinhos dedicaram-se à atividade de venda, de porta em porta, ao passo que Cantwell ficou em uma praça, na qual abordou dois passantes católicos e pediu permissão para tocar o disco. Recebendo-a, tocou. O teor do disco era altamente *anti-católico*, e os ouvintes, considerando-o ofensivo, avisaram agressivamente Cantwell de que partiriam para as vias de fato caso ele não se retirasse imediatamente. Ele se retirou. Apesar disso, foi condenado por perturbação da paz e incitação da violência, de acordo com uma seção das leis de Connecticut. Seus sobrinhos também foram condenados, por bater de porta em porta oferecendo material literário e solicitando contribuições financeiras sem licença prévia, conforme exigido por uma seção da lei estadual. De acordo com o texto legal, a licença para a solicitação de fundos para causas religiosas e filantrópicas ficava a cargo de um agente administrativo, a fim de evitar fraude ao público por *falsas religiões*. *Cantwell v. State of Connecticut*. 310 U.S. 296. (1940). Cit.

⁴¹⁶ Martin, Testemunha de Jeová, foi condenado por distribuir e vender literatura de porta em porta, com base em uma lei municipal que tornava crime sujeito à pena de multa a distribuição e venda de qualquer material *literário* e de propaganda através do sistema porta em porta. O motivo alegado para a edição da lei foi a proteção dos proprietários das casas, prevenção de crime e fraudes e resguardo da privacidade e descanso das pessoas. *Martin v. Struthers*. 319 U.S. 141 (1943). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=319&invol=141> Acessado em: 22/05/2001.

⁴¹⁷ Interessa salientar que, em 1951, a Suprema Corte aderiu à constitucionalidade de uma lei municipal que proibia *canvassers* de entrarem em casas residenciais se não fossem convidados. Nota-se que a Corte não considerou razoável uma proibição absoluta ao sistema porta em porta, mas o fez em relação a uma lei que criminalizava a penetração em lares se não houvesse o convite. Este foi o caso *Bread v. Alexandria* (1951). Cf. KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p.544.

⁴¹⁸ Marsh, Testemunha de Jeová, distribuiu literatura religiosa em uma esquina de uma cidade pertencente a uma companhia. O acesso à cidade era livre e havia conexão com vias públicas. De acordo com as regras da cidade, a distribuição

Balanceando os direitos em choque, direito de propriedade *versus* imprensa e religião, a Suprema Corte afirmou a *posição preferencial* destes, optando pela inconstitucionalidade da norma.

A atividade de traçar linhas demarcatórias e determinar o grau de permissibilidade de intrusões governamentais nos direitos da Primeira Emenda conduziu ao estabelecimento de alguns limites ao exercício desses direitos. Um dos limites foi posto no caso *Prince v. Com. of Massachusetts*,⁴¹⁹ mais um episódio conflitando os direitos dos Testemunhas de Jeová e a autoridade estatal, desta vez abarcando o choque entre a liberdade religiosa e as leis reguladoras do trabalho infantil do estado de Massachusetts. A maioria da Corte, formada por cinco *Justices*, votou pela constitucionalidade da *construção*. Para a liberdade religiosa, foi aplicada a *doutrina da posição preferencial*, e foi reconhecido o direito de os pais educarem seus filhos de acordo com suas convicções. Entretanto, a maioria considerou razoável a restrição no caso, assumindo que a autoridade estatal tem maior margem de atuação quando crianças estão envolvidas, mormente quando o tema é trabalho infantil nas ruas, locais perigosos, principalmente quando a criança vende literatura sobre tópicos essencialmente controversos, hábeis a causar contendas.

No caso *Chaplinsky v. State of New Hampshire*,⁴²⁰ a Corte Maior estadunidense considerou constitucionais a lei e a *construção* elaborada pelas Cortes estaduais, afirmando que as liberdades de religião, expressão e imprensa não estão imunes de consequências legais se, para sua expressão, forem utilizadas *palavras de rixa*, ofensivas e de baixo calão, uma vez que extrapolam as lindes da transmissão pacífica e polida de idéias. Mais limites foram desenhados na tríade de casos decididos em *Jones v. City of Opelika*.⁴²¹ A Suprema Corte não considerou as leis agressivas às liberdades de religião e de expressão,

de literatura sem licença prévia era proibida. Marsh foi condenada. *Marsh v. Alabama*. 362 U.S. (1946) Vide capítulo II, item 2.1.2.

⁴¹⁹ Sara Prince, Testemunha de Jeová, costumava levar consigo uma sobrinha, da qual detinha a guarda, para vender literatura religiosa nas ruas. Apesar de advertida por uma autoridade policial sobre a proibição da atividade, Sara manteve o comportamento. Foi condenada, com fulcro em duas seções da Lei de Trabalho Infantil, que cominavam pena de multa ao fornecimento, para revenda, de material *literário* para menores e a qualquer pai ou responsável legal que permitisse ou obrigasse um menor de idade a trabalhar em casos proibidos. Sara Prince arguiu a inconstitucionalidade da *construção* da lei, pois determinava privação da liberdade religiosa e da liberdade de educação de crianças (*direito não enumerado*) em desconformidade com o *due process of law* da Décima Quarta Emenda. Ademais, alegou a violação da igual proteção, pois crianças que exerciam atividades em outras religiões – coroinhas, por exemplo – não sofriam restrições. *Prince v. Com. of Massachusetts*. 321 U.S. 158. (1944). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=321&invol=158>» Acessado em: 22/05/2001.

⁴²⁰ Chaplinsky, Testemunha de Jeová, distribuiu literatura religiosa nas ruas e clamou que todas as religiões, à exceção da sua, eram fraudulentas. Os ouvintes incomodaram-se e chamaram a polícia. A autoridade policial advertiu Chaplinsky por perturbar o descanso da vizinhança. Mais tarde, iniciou-se um distúrbio e uma rixa envolvendo Chaplinsky, que foi conduzido à delegacia por um oficial de trânsito. No caminho, Chaplinsky conduziu palavras ofensivas e de baixo calão à autoridade policial que o havia advertido, requerendo que os responsáveis pela rixa também fossem presos. Foi condenado por perturbação da paz, de acordo com lei estadual que proibia o proferimento de palavras aptas a incitar violência, rixa e causar humilhação ao ouvinte direto. *Chaplinsky v. State of New Hampshire*. 315 U.S. 568. (1942). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=315&invol=568>» Acessado em: 22/05/2001.

⁴²¹ Tratava-se de três casos lidando com três leis municipais que exigiam o pagamento de um valor para a obtenção de licenças para a venda ambulante de produtos, *literários* ou não, nas ruas ou pelo sistema porta em porta. Uma delas admitia a revogação da licença a qualquer tempo, à discricionariedade de um agente administrativo. Em dois casos foram condenados Testemunhas de Jeová; no outro, um vendedor ambulante. Em nenhum deles o valor cobrado foi questionado, mas foi argüida

uma vez que se destinavam à regulação de atividades comerciais. No entender da Corte, quando uma religião escolhe uma forma de atuação preponderantemente comercial, deve sujeitar-se às regulações postas às atividades negociais, estando isentas de intrusões governamentais apenas as coletas de doações e outras atividades religiosas de cunho não comercial. A Suprema Corte recusou-se a adentrar na discussão dos valores estipulados pelas leis, bem como não discutiu a discricionariedade de revogação estabelecida pelo texto legal de *Opelika*. O *Justice Stone* proferiu voto dissidente, e, calcado na *doutrina da posição preferencial*, considerou as leis destituídas de razoabilidade por tributar material religioso, reputou as taxas excessivas, chamando a atenção para seu caráter cumulativo, para ambulantes que vão de cidade em cidade, considerando-a, ainda, uma legislação favorecedora das classes mais abastadas.

Evoluções tecnológicas na forma e nos meios de transmissão de informações conduziram novos casos sobre liberdade de expressão e as regulações estatais ao crivo da Suprema Corte. Foram casos conhecidos como *captive audience cases* e casos versando sobre as exposições cinematográficas. No primeiro grupo, discutiu-se a constitucionalidade de regulações ao uso de alto-falantes e de sistemas de rádio em transportes coletivos, em *Saia v. New York*,⁴²² *Kovacs v. Cooper*⁴²³ e *Public Utilities Comm'n v. Pollak*.⁴²⁴ Nos três casos, estavam em cena os direitos de liberdade de expressão e o direito a um certo silêncio em locais públicos, e, assim, a medida do poder de polícia para regulá-los, uma vez que o ouvinte não tem meios de, sozinho, recusar-se a receber a informação. Em *Saia*,⁴²⁵ a lei municipal foi reputada desarrazoada, uma vez que não havia padrões estabelecidos para a concessão ou denegação das licenças, restando demasiado poder discricionário nas mãos do Chefe de Polícia. A Corte reiterou que os estados e municípios podiam regular e restringir as liberdades de expressão, estabelecendo horários, locais, volumes máximos, mas não podiam redigir uma delegação total às autoridades administrativas. Entretanto, em *Kovacs*,⁴²⁶ de maneira distinta, a Corte optou pela constitucionalidade da lei questionada, pois apenas proibia alto-falantes em excessivo volume e com som *fanhoso*. No compreender da Corte, o poder público devia dar oportunidade para um orador *ganhar* a audiência, e não compeli-la a ouvir. O que

a inconstitucionalidade das leis ante o *due process of law*, em versão substantiva, da Décima Quarta Emenda. *Jones v. City of Opelika*. 316 U.S. 584. (1942). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=316&invol=584>» Acessado em: 22/05/2001.

⁴²² *Saia v. New York*. 334 U.S. 558 (1948). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=334&invol=588>» Acessado em: 22/05/2001.

⁴²³ *Kovacs v. Copper*. 336 U.S. 77 (1949). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=336&invol=77>» Acessado em: 22/05/2001.

⁴²⁴ *Public Utilities Comm'n v. Pollack*. 343 U.S. 451 (1952). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=343&invol=451>» Acessado em: 22/05/2001.

⁴²⁵ Uma lei municipal proibira a utilização de amplificadores de som para a difusão de idéias e a atração dos passantes. Apenas duas exceções foram previstas, a transmissão de eventos esportivos e notícias de interesse público, após recebimento de uma permissão, a cargo do Chefe de Polícia. *Saia* fizera uso de um amplificador para transmitir suas opiniões religiosas, havendo condenação à pena de multa. *Saia v. New York*. 334 U.S. 558 (1948). Cit.

a Corte disse nesses dois casos foi que uma proibição absoluta de alto-falantes e outros recursos ou delegação *in albis* de poder de vetá-los para instâncias ou agentes administrativos seria desarrazoada, mas que sua aceitação ilimitada tornaria a vida nas cidades insuportável, restando uma maior margem regulatória ao poder público do que nas manifestações por voz humana, panfletos, porta em porta, entre outras. Em *Public Utilities*,⁴²⁷ a Corte acatou a constitucionalidade da medida, assumindo que o direito à privacidade e intimidade em veículos públicos não tinha o mesmo grau do que em casas e escritórios.

A Corte entendeu abrangidas pela liberdade de expressão da Primeira Emenda as exhibições cinematográficas, em *United States v. Paramount Pictures*. Em seguida, admitiu a incorporação seletiva desta forma de liberdade de expressão pelo devido processo legal da Décima Quarta Emenda, em *Burstyn v. Wilson*,⁴²⁸ considerando o cinema não apenas um espetáculo, mas uma forma de manifestação de opinião. Então, declarou inconstitucional uma lei de Nova Iorque que proibia filmes sacrílegos, pois, como havia um *mar* de religiões, a definição de sacrilégio não era una. Desta forma, a lei acabaria favorecendo ortodoxias mais poderosas e tradicionais. Arrazoado similar foi reiterado em *Gelling v. Texas*,⁴²⁹ no qual a Corte declarou inconstitucional a proibição de um filme que versava sobre temas raciais no Texas, afirmando que, se os temas sobre os quais os americanos deviam ler, ouvir ou assistir devessem passar pelo aval de um comitê de censores, então toda a luta pela liberdade de expressão da Primeira Emenda cairia por terra.

Ainda sobre as formas de liberdade de expressão tuteladas pela Primeira e incorporadas pelo devido processo legal da Décima Quarta Emenda, a Suprema Corte manifestou-se em dois casos, *Bridges v. California*⁴³⁰ e *Pennekamp v. Florida*,⁴³¹ ambos versando sobre comentários e críticas a processos pendentes veiculados por meios de comunicação. No primeiro,⁴³² a Corte disse ser inconstitucional a

⁴²⁶ Kovacs usou um caminhão de som para transmitir opiniões sobre uma contenda trabalhista, nas proximidades de um prédio público. Foi condenado com base em uma lei municipal que proibia a utilização de caminhões de som, alto-falantes e similares com som alto e *fanhoso* nas vias públicas. *Kovacs v. Cooper*. 336 U.S. 77 (1949) Cit.

⁴²⁷ Os ônibus e lotações do distrito de Columbia passaram a veicular um programa de rádio, que consistia em 90% de música, 5% de comerciais e propagandas e 5% de anúncios. Alguns passageiros protestaram, alegando violações de direitos constitucionais. Avaliando a situação, o órgão não a considerou inconsistente com a conveniência, a segurança e conforto dos passageiros. Interessa frisar que o *Justice* Frankfurter julgou-se impedido por ser vítima da prática e o *Justice* Douglas, em voto dissidente, afirmou que o governo não poderia compactuar com algo que força a audiência e impede as *pessoas de ficarem sós*, dizendo que se fosse admitido um programa aparentemente *neutro*, cultural, logo a disseminação de idéias políticas ou religiosas poderia ser obrigatória também. *Public Utilities Comm'n v. Pollak*. 343 U.S. 451. (1952). Cit.

⁴²⁸ O Filme *Milagre*, de Rossellini, havia sido censurado em Nova Iorque. KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p.545. RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte...** Op. Cit., p. 287.

⁴²⁹ O filme proibido chamava-se *Pink*. RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte...** Op. Cit., 287-288.

⁴³⁰ *Bridges v. State of California*. 314 U.S. 252 (1941). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=314&invol=252> Acessado em: 22/05/2001.

⁴³¹ *Pennekamp v. Florida*. 328 U.S. 331 (1946). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=328&invol=331> Acessado em: 22/05/2001.

⁴³² Foram dois casos, agrupados em uma decisão. Um deles tratava de uma condenação à pena de multa por *contempt of Court* da *The Los Angeles Times Editorials*, *The Times Mirror Company*; dos editores do jornal *The Los Angeles Times*, pela publicação de três editoriais, criticando decisões dos juizes da Flórida sobre contendas trabalhistas *sub judice*. No

condenação por *contempt of Court*, desfazendo, com a utilização do *teste do perigo claro e iminente*, os argumentos da Corte inferior. De acordo com a Suprema Corte, a condenação criminal pela manifestação de críticas às decisões do Poder Judiciário não o colocava a salvo do descrédito nem promovia uma administração da justiça mais *justa*, por dois motivos: a) uma instituição democrática não receberia respeito silenciando vozes que lhe fizessem oposição; pelo contrário, fazer calar a opinião pública geraria desconfiança, desrespeito, ressentimentos e suspeição; b) alegar que a imparcialidade judicial estivesse comprometida pela manifestação da opinião pública significava afirmar que os juizes eram tolos, sem conhecimento e sem *ética* em sua profissão. Em *Pennekamp*,⁴³³ a Corte derrubou a condenação por *contempt of Court* de um editor que havia publicado matérias e *charges* atacando as Cortes de Justiça da Flórida, uma vez que não entreviu em tal ação um *perigo claro e iminente* à imparcialidade judicial.

A Corte deparou-se com situações mais controversas quando estavam em jogo as liberdades da Primeira Emenda e questões de segurança nacional. A delicadeza da temática fica patente nas divergências entre os *Justices*, no teor do voto majoritário e dos vencidos e nas apertadas maiorias que se formavam em cada caso. Inicialmente, a Corte decidiu sobre a constitucionalidade de atos da Secretarias de Educação locais, que aprovaram, nos currículos das escolas públicas, lições de cidadania que incluíam saudação compulsória da bandeira norte-americana. Em 1940, a Corte aceitou a razoabilidade do ato que obrigava crianças de escolas públicas a saudarem a bandeira, no caso *Minersville School District v. Gobits*.⁴³⁴ Neste, o *Justice* Frankfurter proferiu o voto majoritário e, apesar de chamar a atenção para a importância da liberdade de consciência, adotou uma abordagem *Tradicional*, calcado na visão dos *framers* da Constituição, asseverando que nenhum dos interesses em jogo – liberdade de consciência de crianças e unidade e segurança nacionais – poderia de pronto ser considerado superior ao outro, e recusou a averiguação dos *meios* adotados, uma vez que a forma de educação cívica não é matéria para ser deslindada na arena das Cortes de Justiça. Acrescentou que ficavam abertas aos descontentes as vias da educação privada. Houve forte voto dissidente do *Justice* Stone, o qual atacou a razoabilidade do ato normativo, utilizando-se da *doutrina da posição preferencial* e do *escrutinio estrito*, crendo-os

segundo, Bridges foi condenado por enviar um telegrama ao Secretário do Trabalho informando que uma greve paralisaria toda a Costa Oeste caso a decisão judicial fosse executada. *Bridges v. State of California*. 314 U.S. 252 (1941). Cit.

⁴³³ Pennekamp era um editor associado de um jornal de grande circulação em um condado da Flórida. Foram publicados dois editoriais criticando a administração da justiça criminal no estado, um deles acompanhado de uma *charge*, que caricaturava um juiz e insinuava que ele obedecia a ordens de criminosos. Houve condenação à pena de multa por *contempt of Court*. *Pennekamp v. Florida*. 328 U.S. 331 (1946). Cit.

⁴³⁴ Dois irmãos, com idade inferior a doze anos, foram expulsos de uma escola pública, por se recusarem a saudar a bandeira dos EUA, atividade curricular obrigatória. As crianças eram Testemunhas de Jeová e fundavam suas recusas em sua crença religiosa, que considera pecado a adoração de ídolos e símbolos, dentre eles uma bandeira nacional. A família alegou a inconstitucionalidade da saudação compulsória da bandeira e da expulsão das crianças com base no *due process of law* da Décima Quarta Emenda, já que a saudação feria a liberdade de crença e a expulsão representava um ônus financeiro imposto à família, que teria de matricular as crianças em escolas privadas, dada compulsoriedade da frequência escolar para crianças.

necessários, pois estava em questão o direito de uma minoria bastante perseguida nos Estados Unidos. Em seu entender, a obrigatoriedade em cena não era legítima, uma vez que compelia pessoas a exprimirem publicamente sentimentos que não possuíam, ferindo a mente e o espírito. Disse que a história é capaz de comprovar que saudações compulsórias não geram amor à nação, mas ódio e descrença. No ano seguinte, a Suprema Corte reverteu esta decisão, adotando o arrazoado exposto pelo *Justice Stone* em seu voto dissidente. Era o caso *West Virginia Board of Education v. Barnette*.⁴³⁵ Nele, a liberdade de consciência foi tomada por *preferencial*, não passível de restrições com bases tão tênues, mas apenas quando estivesse presente um *perigo claro e iminente*. A pressão do estado para angariar uniformidade de pensamento foi tarjada de desarrazoada em uma sociedade que se pretende plural, e a cerimônia de saudação foi considerada uma forma de perseguição mascarada a uma minoria religiosa.

Na triade de casos decididos conjuntamente em *Taylor v. State of Mississippi*,⁴³⁶ a Corte viu-se mais uma vez frente a frente com a colisão entre os direitos expostos na Primeira Emenda e a segurança nacional. A Corte optou pela inconstitucionalidade da lei, pois permitia a punição de pessoas que expressavam suas opiniões políticas e religiosas sem a existência de violência ou de um *perigo claro e iminente*. Como esta decisão foi proferida após o deslinde de *West Virginia Board of Education v. Barnette*, o exemplo da necessidade de livre circulação de opiniões e crenças foi daí retirado, pois uma das condenações se dera pela exposição de críticas ao arrazoado do caso *Gobits*, já revertido pela Suprema Corte.

Como se vê, a Suprema Corte também estendia a proteção ofertada à liberdade de expressão e de associação em matérias religiosa para a cena política, salvaguardando discursos, manifestações políticas e associações partidárias de intrusões e proibições governamentais desarrazoadas. No período estudado anteriormente,^{*} esse teor protetor já se manifestava, e foi reiterado nos casos *De Jonge v. Oregon*,⁴³⁷

Minersville School District v. Gobits. 310 U.S. 586 (1940). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=310&invol=586>» Acessado em: 22/05/2001.

⁴³⁵ Tratava-se de caso muito similar ao imediatamente transcrito. Uma criança, Testemunha de Jeová, foi expulsa de uma escola pública por recusar-se a saudar a bandeira dos EUA. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=319&invol=628>» Acessado em: 22/05/2001.

⁴³⁶ Eram três casos, todos com litigantes Testemunhas de Jeová condenados por violação a uma lei do estado do Mississippi, formulada para assegurar a paz e segurança do estado e dos EUA durante o período de guerra. A lei proibia a disseminação, por qualquer meio, de qualquer informação, teoria ou credo tendente a encorajar a violência, a sabotagem, ou a deslealdade ao governo do estado ou dos EUA; proibia a advocacia da causa de inimigos do estado ou dos EUA, a transmissão de informações sobre operações militares e atitudes desrespeitosas à bandeira ou outros símbolos do governo organizado. As violações constituíam tipo penal punível com pena de prisão enquanto durasse o período bélico ou dez anos. Em suas pregações, os Testemunhas de Jeová condenados haviam criticado, sob diversos prismas, as atividades belicosas dos EUA. *Taylor v. State of Mississippi*. 319 U.S. 583 (1943). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=319&invol=583>» Acessado em: 22/05/2001.

^{*} Vide supra, neste capítulo, subitem 3.1.3, principalmente os casos *Gitlow v. New York*; *Whitney v. California*; *Near v. Minnesota* e *Gilbert v. Minnesota*.

⁴³⁷ *De Jonge v. Oregon*. Cf. KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p.547 RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte...** Op. Cit., 287-288.

Herdon v. Lowry,⁴³⁸ *Thomas v. Collins*⁴³⁹ e *Terminiello v. Chicago*.⁴⁴⁰ Em todos eles, a Suprema Corte tarjou de inconstitucionais as leis ou *as construções* feitas pelas Cortes estaduais, com base na Primeira Emenda combinada com o devido processo legal da Décima Quarta. Em *De Jonge*,⁴⁴¹ uma Corte unânime, em voto do *Chief Justice* Hughes, reputou inconstitucional a criminalização de um discurso lícito proferido em uma assembléia pacífica, com argumentos baseados na *filosofia* constitucional da liberdade, sem uso de uma *doutrina* constitucional específica, como o *perigo claro e iminente* ou da *posição preferencial*. No caso *Herdon*,⁴⁴² a Corte chamou de inconstitucional a *construção* da lei, já que não se fizera presente um *perigo claro e iminente*, único motivo capaz de embasar, excepcionalmente, a restrição às liberdades de expressão e de associação. Acresceu, ainda, que, como a organização partidária era lícita aos olhos da legislação estadual, não havia razoabilidade em punir seus membros por advogarem seus ideais e plataformas. No terceiro caso mencionado, *Thomas v. Collins*,⁴⁴³ a Suprema Corte inadmitiu a aplicação da lei ao caso, uma vez que as liberdades da Primeira Emenda, conduzidas aos estados pelo *due process of law* da Décima Quarta, tinham uma *posição preferencial*, não admitindo restrições dúbias, não escoradas em interesse público *insofismável*, como um *perigo claro e iminente*. Por fim, em *Terminiello*,⁴⁴⁴ o Tribunal Máximo derrubou a razoabilidade da *construção* judicial da lei de quebra de paz, com formação de uma apertada maioria, através da aplicação do *teste do perigo claro e*

⁴³⁸ *Herdon v. Lowry*. 301 U.S. 242 (1937). Disponível em: [«http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=301&invol=242»](http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=301&invol=242) Acessado em: 22/05/2001.

⁴³⁹ *Thomas v. Collins*. 323 U.S. 516 (1945). Disponível em: [«http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=323&invol=516»](http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=323&invol=516) Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁴⁰ *Terminiello v. City of Chicago*. 337 U.S. 516 (1949). Disponível em: [«http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=337&invol=516»](http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=337&invol=516) Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁴¹ O Caso versava sobre a condenação de um membro do Partido Comunista com base na *Lei de Sindicalismo Criminoso* do estado do Oregon. *De Jonge v. Oregon*. Cf. KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p.547 RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte...** Op. Cit., 287-288.

⁴⁴² *Herdon*, membro do Partido Comunista, foi condenado à prisão com fulcro nos artigos proibitivos de insurreição e ação revolucionária do Código Penal da Georgia. Ele solicitara fundos e tentara angariar membros para o Partido Comunista, distribuira panfletos e proferira discursos visando unir esforços para embaraçar os processos judiciais e obstar a atividade estatal. Defendera, também, certas ações revolucionárias. Preso, impetrou *Habeas Corpus*, questionando a constitucionalidade da *construção* dos artigos, uma vez que ele advogara o Partido Comunista e este não era proibido nem por leis federais nem por estaduais. O *Habeas Corpus* foi negado pelas Cortes estaduais e a constitucionalidade da lei foi afirmada. *Herdon v. Lowry*. 301 U.S. 242 (1937). Disponível em: [«http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=301&invol=242»](http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=301&invol=242) Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁴³ *Thomas* foi condenado à prisão por ter desobedecido a uma ordem judicial que o proibira de procurar membros para um sindicato enquanto permanecesse no Texas, sem um cartão de licença prévia. Ele, como presidente de um sindicato e vice-presidente de outro, viajou pelo estado organizando campanhas de sindicalização sem a licença exigida. A ordem proibitiva fora expedida ainda antes de suas manifestações, através de um exame de seus horários e atividades. Alegando que seu discurso objetivava simplesmente buscar membros para um sindicato, sem quebra da paz, distúrbios em vias públicas e sem a tentativa de angariar fundos, arguiu a inconstitucionalidade da *construção* da lei. *Thomas v. Collins*. 323 U.S. 516 (1945). Cit.

⁴⁴⁴ *Terminiello*, ex padre especializado em discursos anti-semitas e de ataque ao governo Roosevelt, proferiu um discurso de cunho fascista e radical para uma platéia de cerca de oitocentas pessoas. Em torno do prédio no qual a palestra tinha curso, aproximadamente mil pessoas, de esquerda, protestavam. A força policial foi utilizada para proteger o orador e sua platéia da multidão. Apesar da formação de um cordão de isolamento, a agressividade dos protestantes criou sérios distúrbios. A palestra ocorreu e, depois, *Terminiello* foi condenado por quebra da paz e mau comportamento, comprometedor da paz pública e do decoro. Suas palavras foram consideradas incitadoras de violência, de distúrbio e molestadoras dos habitantes. *Terminiello v. City of Chicago*. 337 U.S. 516 (1949) Cit.

iminente. Neste, todavia, fortes votos dissidentes se formaram, entre eles o de um *Justice* que havia participado do Tribunal de Nuremberg, que optou pela supressão dos discursos que expressavam localmente um movimento maior, o nazi-fascismo, que havia conduzido a Europa à destruição.

Entrementes, a posição protetora e libertária da Corte em relação a discursos, ações e associações políticas, primordialmente as intituladas comunistas e socialistas, não resistiu aos acontecimentos do final da década de 1940, período em que o devido processo legal substantivo, só ou aliado aos direitos da Primeira Emenda, caiu no ostracismo. Se até este momento as liberdades civis, a proteção das minorias, o libertarianismo civil e as *doutrinas* constitucionais da *posição preferencial* e do *perigo claro e iminente* haviam ocupado espaço majoritário na Suprema Corte, no limiar da nova década esses ideários não escaparam ilesos, tornando-se *filosofias* e *doutrinas* constitucionais minoritárias no seio da Suprema Corte estadunidense. A maioria recuou destas noções, levando a Corte a não se imiscuir no controle das políticas legislativas e executivas elaboradas acerca da tensão dos pólos segurança e unidade nacionais e os direitos civis, assumindo uma abordagem autoconstrita

Já durante a Segunda Guerra, no momento de guerra total, haviam surgido questões que envolviam diretamente o *Bill of Rights*, reduzido em certos aspectos por políticas legislativas e executivas, em nome da segurança nacional e das necessidades militares. Pusera-se, assim, diante da Corte a difícil missão de encontrar a medida ideal de aplicação da *Declaração de Direitos* em tempos marciais. Conforme já afirmado, em alguns campos a Corte manteve a atitude protetora de algumas liberdades civis quando constritas por razões de segurança nacional. Porém, enquanto perdurou a “*ditadura dos tempos de guerra*”,⁴⁴⁵ a Corte restringiu o controle de atos normativos tolhedores de outras liberdades civis ou agressoras de determinadas minorias. Calcada na *doutrina* das *questões políticas*, e compreendendo largamente os poderes de guerra do Presidente e do Congresso, a Corte aceitou como constitucionais medidas que violavam em moldes flagrantes o devido processo legal, em sua versão procedimental e também substantiva.⁴⁴⁶

Nos primeiros anos da Guerra Fria, esta postura autoconstrita, a qual desportara no momento bélico, alastrou-se, resultando em um tímido agir da Corte Suprema no que toca a *Judicial Review* de atos normativos constritores das liberdades civis de minorias políticas, principalmente dos advogados do

⁴⁴⁵ KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p. 558.

⁴⁴⁶ Durante a Segunda Guerra Mundial, as forças militares consideraram *perigosa* a população japonesa e nipo-americana residente na Costa Oeste, dada a proximidade com o Japão. Por conta disso, foram aprovados atos normativos que instituíam toque de recolher válido apenas para estas minorias e a segregação, o confinamento e a destituição de propriedades dos japoneses residentes nos Estados Unidos e norte-americanos descendentes de japoneses. Essas restrições não se estendiam às comunidades alemãs e italianas dos Estados Unidos. Para um detalhamento maior da situação e dos casos submetidos à Corte, vide: KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p. 563 e ss.

Partido Comunista e de grupos totalitários. Os comunistas e socialistas foram insularizados, programas de lealdade foram postos em prática, procedimentos com testemunhas *sem face* tiveram lugar nos processos administrativos, o acesso aos arquivos do FBI foi denegado e, em todas estas searas, a Corte declinou da competência de adentrar na averiguação das decisões legislativas e executivas. Desta forma, toda uma linha de precedentes *construídos* anteriormente entrou em franco declínio. Segundo Kelly e Harbison, o inusitado, a dificuldade e a delicadeza das questões exsurgidas, encampando o temor da comunidade norte-americana, os poderes de Estado, o poderio armamentista e uma contínua instabilidade internacional ocorridos durante a Guerra Fria foram responsáveis pela maior crise constitucional vivenciada pelos Estados Unidos no século XX. Esse foi um fator que influenciou intensamente a abordagem *self restrain* da Suprema Corte. Contribuiu muito, também, a alteração da composição dos membros da Suprema Corte, com a indicação de quatro novos *Justices* pelo Presidente Eisenhower, eleito com o jargão de *limpar os Estados Unidos, varrendo os comunistas*. Ademais, o *Justice* Frankfurter, de longa data adepto da autocontenção judicial e da deferência legislativa, assumiu a posição de *mentor intelectual da Corte*.⁴⁴⁷ Nesta ambiência, houve um esquecimento do devido processo legal substantivo combinado com os direitos da Primeira Emenda, ao lado do abandono de alguns testes modernos e, tanto quanto possível, evitando-se a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos estaduais e nacionais com base no exame da razoabilidade das políticas públicas constritoras de certos direitos e liberdades, mantendo largo o poder de polícia e aceitando amplamente a preocupação com a manutenção da segurança e da estabilidade das sociedades.⁴⁴⁸

Somente na segunda metade da década de 1950, com a acomodação de algumas situações ligadas à Guerra Fria, a Suprema Corte iniciou um paulatino retomar da proteção dos direitos civis quando a segurança nacional estava em jogo, reagindo às políticas de segurança interna e levando-as à adequação com o texto constitucional. Foi também nessa década que teve lugar uma das formações mais *ativistas* e *libertárias* da Suprema Corte, a *Corte Warren*, responsável pela dessegregação racial nas escolas e outros estabelecimentos, pela ampliação dos direitos dos acusados em processos criminais, e, no que diz respeito ao devido processo legal substantivo, pelo resgate de sua utilização isolada, sem conjugação com direitos expressos no *Bill of Rights*. A doutrina do devido processo legal substantivo não se restringiria a uma

⁴⁴⁷ KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p. 589.

⁴⁴⁸ Importa mencionar que tanto durante a Segunda Guerra como durante a Guerra Fria o recuo da Suprema Corte ocorreu prioritariamente em casos envolvendo a segurança nacional e a avaliação da razoabilidade dos atos normativos. Em outros campos, porém, manteve um *braço* protetor e inaugurou searas de proteção, como a ampliação dos direitos civis da comunidade afro-americana, através da gradual *construção* da *substantive equal protection*, que culminou no afamado caso *Brown v. Board of Education* e na *affirmative action*. Sobre a postura da Corte na Guerra Fria e seu agir nos casos de dessegregação, consulte: KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p. 572-662. ROTUNDA, Ronald D. Op. Cit., p. 488-496; TRIBE, Laurence. *The American...* Op. Cit., p. 888 e ss. e 1521 e ss. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 258 e ss.

mera canalizadora dos direitos expressos, mas seria reafirmada na proteção das *liberdades não enumeradas*. É este viés que será apreciado no item subsequente.

3.3 O RESGATE DA AUTONOMIA DA *DOCTRINA*: DÉCADA DE 1960 ATÉ OS DIAS ATUAIS

Após o *Court Packing Plan* de 1937 e a decisão de *West Coast Hotel v. Parrish*, a Suprema Corte estadunidense deixou de aplicar a *doutrina* do devido processo legal substantivo isoladamente, para aplicá-la em associação a direitos expressos no *Bill of Rights*, como uma fonte canalizadora desses direitos da seara federal para as estaduais. Uma vez que a *doutrina* não mais foi vislumbrada como uma *doutrina constitucional autônoma*, mas intrinsecamente dependente do correr de outras provisões constitucionais, prioritariamente dos direitos da Primeira Emenda, ela sofreu uma diminuição significativa em sua aplicação. Isso porque a proteção de direitos *não enumerados*, mas possivelmente incluídos na *liberdade genérica* salvaguardada pela cláusula, estava ausente, constringindo o padrão mais intenso de recurso a elementos extraconstitucionais. Este viés perdurou até o final da década de 1960, completando quase três décadas de *enterro* da autonomia do devido processo legal substantivo. Todavia, em 1968, a Suprema Corte deu um passo decisivo em direção à aplicação *autônoma* do devido processo legal substantivo, movimento este que marcava o início de um novo e produtivo rumo para esta *doutrina*. Esse passo foi marcado pelo caso *Griswold v. Connecticut*, e, embora a Corte tenha formalmente negado a volta ao *substantive due process of law*, o caso foi posteriormente visto, tanto por ela tanto por estudiosos, como o ícone da *nova vida* da autonomia desta *doutrina*.

*“Isto não foi, estritamente falando, uma ‘ressurreição’ do devido processo legal substantivo, porque o devido processo legal substantivo nunca ‘morrera’ inteiramente. Mesmo depois de 1937, o devido processo legal substantivo estava bastante saudável – ainda que grandemente podado – na forma de aplicação da Primeira Emenda aos estados (desde Gitlow em 1925). Mas Griswold certamente deu-lhe uma nova vida, ao aplicar a cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda independentemente de outras provisões específicas da Constituição – e foi isto que a Corte fez.(...)”*⁴⁴⁹

A partir de *Griswold*, o deslinde de casos com fulcro no devido processo legal substantivo apresentou-se fundamentalmente em três setores, nos quais a Corte valia-se tanto da *autonomia da doutrina* como da sua correlação com direitos expressos no *Bill of Rights*, por meio da *incorporação seletiva*: a) combinado com os direitos da Primeira Emenda; b) combinado com os direitos da Quarta Emenda; c) isoladamente, na proteção de *direitos não enumerados*.

⁴⁴⁹ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 290. “This was not strictly speaking a ‘resurrection’ of substantive due process of law, because the substantive due process of law had never entirely ‘died’. Even after 1937, substantive due process of law was quite healthy – though greatly pruned – in form of the application of the First Amendment to the states (from Gitlow in 1925). But Griswold certainly gave it a new life in applying the Fourteenth Amendment due process of law clause quite independently of other specific provisions of the Constitution – for that is what the Court did (...).”

Inicialmente, explorar-se-á a alínea *a*, com exposição de alguns casos versando sobre as liberdades de expressão, de associação, de crença e exercício religioso, para, em momento posterior, examinar as duas alíneas seguintes. Vale trazer a lume que dois dos casos que serão encaixados na alínea *a* foram solucionados após *Griswold*, e continham tanto direitos enumerados na Primeira Emenda como direitos não enumerados, mas já tutelados anteriormente sob a batuta do *substantive due process of law*.*

3.3.1 CANALIZAÇÃO DE DIREITOS ENUMERADOS

Em relação à liberdade de expressão, a Suprema Corte seguiu o caminho que iniciara no intercurso da década de 1930 até a de 1950. Um de seus pontos de exame nos anos 60 e 70 foi a *razoabilidade* de leis regulamentadoras de livros, revistas, propagandas e outros veículos de expressão que recebiam a classificação de *obscenos*, ou seja, cujo objeto prioritário era a exploração de nudez, cenas de sexo, parafilias sexuais entre outros temas comumente rotulados de *pornográficos*.

Confrontando esta faceta da liberdade de expressão, trabalhando para distinguir se ela era ou não alvo de proteção da Primeira Emenda e como deveria ser desenhada esta proteção, caso ela existisse, a Corte manifestou-se em *Ginsberg v. New York*.⁴⁵⁰ O Justice Brennan formulou a *opinion* da Corte, acatando a constitucionalidade da lei nova-iorquina. De início, referiu que as revistas em questão não eram obscenas para adultos, evidenciando que a discussão centrava-se na sua venda a pessoas com menos de 17 anos. Apesar disto, afirmou que a obscenidade não é discurso tutelado pela Primeira Emenda. A Corte aceitou o poder do estado em definir material obsceno de acordo com o grupo a que este se destina, assumindo a existência de uma margem maior de discricionariedade no poder para restringir direitos de crianças e adolescentes do que de adultos, invocando a razão abstrata exposta em *Prince*. Encontrou dois propósitos (*finis*) estatais aptos a fornecer base racional para a medida, o bem-estar da juventude e o auxílio dos pais na educação dos filhos, pois a constrição assessorava os pais que proibiam seus filhos de adquirir alguns materiais e deixava intocada a liberdade dos pais que permitiam aos filhos acessá-los. Afastou o *teste do perigo claro e iminente* desta seara e absteve-se de conferir a razoabilidade da motivação legal, uma vez que havia controvérsias sobre a possibilidade da obscenidade causar danos à formação das crianças e adolescentes – dada a existência de estudos científicos comprovando os danos e outros dizendo-os inexistentes.

* Apesar da presença de *direitos não enumerados* nestes dois casos, a saber – *Wisconsin v. Yoder* e *Rumyon v. McCrary* – o fundamento prioritário de ambos encontrava-se em direitos enumerados no *Bill of Rights* e trasladados ao cenário estadual pela via do *substantive due process of law*.

⁴⁵⁰ Um proprietário de uma papelaria e lanchonete vendeu a um garoto de 16 anos duas revistas “*girlie*”, com fotos de mulheres desnudas. De acordo com as leis penais de Nova Iorque, a exposição de menores a materiais danosos, como obscenos, com apresentação de nudez, condutas sexuais, sadomasoquismo, constituía crime. Ginsberg foi processado e condenado. A lei definia os termos *dano*, *obscenidade*, *nudez*, *conduta sexual*, etc. *Ginsberg v. New York*. 390 U.S. 629

A seguir, no caso *Stanley v. Georgia*,⁴⁵¹ a Corte repudiou a constitucionalidade da lei da Geórgia que proibia a simples posse de material considerado obsceno. Reconheceu um interesse (*fim*) governamental válido para a regulação dos materiais obscenos, mas negou que possuísse *peso* suficiente para abranger a criminalização da posse de material pornográfico na privacidade do lar. Como a posse privada é distinta da comercialização e da distribuição, o que o estado estava constringindo era o direito tutelado pelo devido processo legal de ser livre, de escolher o que se quer ler e ver dentro do próprio lar, isto é, regulando o *pensamento moral* das pessoas, objetivo nobre, mas inconsistente com a *filosofia* da Primeira Emenda. A Corte recusou-se a traçar uma linha distintiva entre expressão de idéias e entretenimento, questionando, inclusive, a possibilidade de tal traçado. Em atenção ao *far reaching* do arrazoado, recusou o argumento justificador usado pelo estado, qual seja, *material obsceno pode conduzir a desvios e crimes sexuais*, asseverando que se obscenidade fosse proibida por este motivo, livros de química também poderiam vir a ser alvo de regulação, pois poderiam ensinar alguém a manufaturar uma bomba.*

Houve mais uma relevante manifestação da Corte neste campo, em *Mishkin v. New York*,⁴⁵² em cujo caso foi assegurada a constitucionalidade da lei de Nova Iorque, através da negação de sua vagueza, uma vez que tanto a lei como as Cortes haviam delimitado o alcance do termo *obscenidade*. O caso foi distinto de *Stanley*, pois mantinha intocada a posse privada, mantendo intactos os padrões de privacidade, ao regular apenas as atividades de disseminação e comercialização dos materiais.**

(1968). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=390&invol=629> Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁵¹ No curso de uma investigação criminal por atividades ilegais de jogo, foi expedido um mandado de busca e apreensão na casa do acusado. Agentes federais e estaduais realizaram a busca, encontrando parcas evidências de materiais de coletas de apostas. Todavia, foram encontrados três rolos de filmes. Após assisti-los, na casa do acusado, os oficiais os consideraram obscenos, apreendendo o material e prendendo o acusado. Ele foi processado, julgado e condenado por posse de material obsceno, com base em uma lei da Geórgia que criminalizava a posse. A criminalização da posse fazia parte de um esquema de controle da distribuição e da comercialização de materiais obscenos. *Stanley v. Georgia*. 394 U.S. 557 (1969). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=394&invol=557> Acessado em: 22/05/2001.

* Interessa pontuar que em voto concorrente no resultado foi utilizada a *doutrina* da prova ilícita, pois a apreensão extrapolara os ditames do mandado de busca e apreensão. Importa ressaltar, ainda, que este caso envolvia também a Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que resguarda a inviolabilidade do domicílio. Ademais, o caso já apresentava menções ao *direito não enumerado de privacidade*.

⁴⁵² Mishkin contratou pessoas para a preparação de livros obscenos, publicou-os e os possuía com intenção de revenda. Tratava-se de material que expunha parafilias sexuais, fotos e figuras de espancamento, abuso e flagelo feminino. Foi processado, julgado e condenado à pena de multa e à prisão, com fulcro em um artigo da lei penal de Nova Iorque, que proibia a produção, distribuição e venda de material pornográfico obsceno, este definindo pornografia *hard core* (exploratória de parafilias, desvios e de violência). *Mishkin v. New York*. 383 U.S. 502 (1976). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=383&invol=502> Acessado em: 22/05/2001.

** Nota-se que tanto em *Stanley* quanto em *Mishkin* já se pode entrever um quê de proteção à *privacidade*, direito não enumerado na Constituição norte-americana e ventilado, nas décadas anteriores, como protegido pelo *substantive due process of law* nos *captive audience cases*. Adianta-se que a mais ampla aplicação *autônoma* da *doutrina* em estudo neste trabalho deu-se exatamente na tutela à *privacidade* e às *liberdades* concernentes a escolhas e decisões *íntimas e pessoais*.

Wolfe diz que a *intenção* da Suprema Corte nestes casos envolvendo *obscenidade* era traçar uma distinção entre a mera pornografia e a pornografia *hard core*. Ao fazer isso, demarcou o que reputou expressão e *não expressão*, retirando da alçada protegida a pornografia *hard core*, o que denuncia a aceitação com *vontade positivista* dos malefícios da pornografia *hard core*, mesmo sem prova efetiva disso.⁴⁵³ Além de lidar com esse *tipo* de expressão, a Suprema Corte ampliou, via *substantive due process of law*, a proteção da liberdade de expressão política e de descontentamento com o governo, diminuindo o *peso* do *valor segurança nacional*.

Em continuidade aos assuntos debatidos em seu seio durante os dois períodos imediatamente anteriores a este, a Corte debruçou-se sobre questões constitucionais atinentes à liberdade de expressão de idéias e crenças políticas polêmicas, facilmente causadoras de reações nos receptores, e penetrou no campo das manifestações simbólicas do pensamento, através de gestos, dramatizações, símbolos, vestimentas, entre outros recursos. Uma característica merecedora de realce foi o abandono do *teste do perigo claro e iminente* em prol da existência fática de extrapolação dos limites discursivos, ou seja, da ocorrência de vias de fato, atos de violência ou de vandalismo ou de incitação direta à rixa, ao conflito e à quebra da paz por meio de palavras ou gestos. A proteção então oferecida mostrava-se bem mais ampla do que a ofertada através do *teste do perigo claro e iminente*, já que se fazia necessária a efetiva agressão ou ação para que o discurso pudesse ser punido.⁴⁵⁴

No caso *Brandenburg v. Ohio*,⁴⁵⁵ a Suprema Corte não aceitou a constitucionalidade da lei do Ohio, alegando que ela não traçava a linha demarcatória entre a mera advocacia de atos de violência e o incitamento direto à violência. Uma vez que a lei permitia a punição de pessoas pelo ensinamento e disseminação abstrata de *doutrinas* de violência, a Suprema Corte rechaçou sua constitucionalidade.

⁴⁵³ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 280.

⁴⁵⁴ A substituição do *teste do perigo claro e iminente* ocorreu ancorada no argumento de que este teste fora forjado para períodos de guerra, belicosos ou de intensa instabilidade política e social, nos quais a segurança nacional mostrava-se mais frágil, e não para períodos de paz e estabilidade, para os quais havia necessidade de *real dano e real perigo* e não apenas iminência e clareza da possibilidade de sua ocorrência. John Rawls, na obra *O liberalismo político*, efetua um competente comentário sobre os *padrões* de *Judicial Review* e os *testes* aplicados pela Corte maior dos EUA nos casos lidando com os discursos e manifestações políticas. O autor produz comparações entre os casos, desde *Glitow* até os ora relatados, manifestando-se criticamente sobre os casos, os argumentos da Corte e seus resultados. RALWS, John. Op. Cit., p. 300 e ss.

⁴⁵⁵ Um líder da Ku Klux Klan convidou um repórter televisivo a comparecer a um *rally* da Organização. Com a cooperação dos organizadores do evento, o repórter e um *câmara* cobriram-no e filmaram-no. O filme foi veiculado, mostrando homens encapuzados, alguns com armas de fogo e munição. Poucas palavras eram definíveis nos filmes, mas um discurso do líder, no qual ele advogava a força da Ku Klux Klan, a necessidade de pressão sobre o presidente e o Congresso e anunciava uma marcha dos membros, era compreensível. No discurso, houve manifestações essencialmente racistas contra negros e judeus. Por tal, o líder foi processado e condenado à pena de multa e prisão, com fulcro na Lei de *Sindicalismo Criminoso* de Ohio, similar à lei californiana avaliada em *Whitney*. Vide supra, neste capítulo, *Whitney v. California*, subitem 3.13. *Brandenburg v. Ohio*. 395 U.S. 444 (1969). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=395&invol=444>. Acessado em: 22/05/2001.

Durante a intervenção belicosa dos Estados Unidos no Vietnã, houve intensas manifestações da *sociedade civil* norte-americana contra a guerra e a favor da paz. São bastante conhecidos e divulgados os discursos, manifestos e opções pacifistas neste momento da história do país, que englobavam, inclusive, segmentos do afamado *movimento hippie*. Em algumas situações, chegaram casos envolvendo estes discursos à Suprema Corte, a qual manteve a postura de que apenas as formas de expressão que chegassem às vias de fato ou que incitassem direta e claramente a violência e a quebra da paz poderiam ser reprimidas. Nesse sentido, aceitou como constitucionalmente protegidas de intrusões governamentais, por meio da combinação da Primeira Emenda com o *due process of law* da Décima Quarta Emenda em ações tomadas como *expressivas*: a) o uso de fardas militares das Forças Armadas norte-americanas em passeatas e protestos pacíficos, como *discurso simbólico*;⁴⁵⁶ b) a anexação de um símbolo da paz na bandeira dos Estados Unidos;⁴⁵⁷ c) os protestos em que os estudantes usavam faixas de luto nos braços durante a Guerra do Vietnã;⁴⁵⁸ d) a utilização coletiva por negros de assentos públicos em áreas reservadas para brancos como forma de protesto;⁴⁵⁹ e) a liberdade de expressar-se através da própria imagem.⁴⁶⁰

Recentemente, a Corte protegeu manifestações políticas pacíficas envolvendo a bandeira dos Estados Unidos: *Texas v. Johnson*.⁴⁶¹ De início, a Suprema Corte ponderou se a conduta punida era constitutiva de discurso simbólico ou não. Como a ação fora o ponto culminante de um protesto político, a Corte reputou-a como tal, e, portanto, dentro das divisas de proteção da Primeira Emenda, canalizada

⁴⁵⁶ *Schacht v. United States*. 398 U.S. 58 (1970). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=398&invol=58> Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁵⁷ *Spence v. Washington*. *Apud Texas v. Johnson*. 491 U.S. 397 (1989). Cit.

⁴⁵⁸ *Tinker v. Des Moines Independent School District*. 393 U.S. 503 (1969). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=393&invol=503> Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁵⁹ Tratava-se de *Brown v. Louisiana*. Citado em *Texas v. Johnson*. 491 U.S. 397 (1989). Cit.

⁴⁶⁰ A Suprema Corte recusou-se, por diversos anos, a julgar lides versando sobre a vedação da entrada de rapazes com cabelos longos em estabelecimentos e ofícios públicos. No entanto, na década de 1960 não pôde se furtar a este tema; a ocorrência da colisão entre o poder de polícia dos estados e a *liberdade de expressão e formação da personalidade* sofreu um incrível acréscimo. A Corte manifestou-se derradeiramente sobre o assunto em *Kelly v. Johnson*. Ao expor suas razões, disse que a liberdade de vestir-se e decidir sobre questões relativas à própria imagem era inalienável, constituindo liberdade de expressão e formação da personalidade, essenciais à *privacidade* das pessoas. Assim, foi reconhecido o direito a administrar a própria imagem como parte do *princípio* privacidade, protegido pelo *due process of law*. Todavia, para este caso, reputou razoável a lei, entendendo que o estado promovia um *fim* legítimo e razoavelmente conectado com *meio* – controle da imagem – adotado. Explica-se: tratava-se de um policial, que reclamava o direito de usar cabelos longos e acessórios metálicos presos ao corpo (*piercings*): A Corte asseverou que o estado pode interferir na aparência dos policiais *enquanto em serviço*, a fim de manter o *espírito corporativo*. Pelo mesmo arrazoado, foi dada por *razoável* a exigência de utilização de uniformes. *Kelly v. Johnson*. *Apud* GORA, Joel M. *Due process of law*. Illinois: National Textbook Company. 1985, p. 210.

⁴⁶¹ Em 1984, durante uma Convenção Republicana, Johnson ateou fogo à bandeira norte-americana. A queima foi o ponto culminante de um protesto político contra a reindicação de Ronald Reagan como candidato à presidência. Antes dela, ocorrera uma marcha acompanhada de protestos. Como queimou a bandeira, Johnson foi acusado por insultar um símbolo nacional, e foi condenado à prisão e à multa. A lei texana proibia a dessacralização intencional da bandeira dos EUA, do Texas, de monumentos públicos, de culto ou memorial. Como motivos justificadores da lei, o estado apontou a preservação da bandeira como símbolo da unidade nacional e a prevenção da quebra da paz. *Texas v. Johnson*. 491 U.S. 397 (1989). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=492&invol=490> Acessado em: 22/05/2001.

aos estados através do devido processo legal substantivo da Décima Quarta Emenda. Disse que o poder estatal para punir condutas é maior do que para proibir a palavra escrita e falada, tarjando os dois *fins* almejados pelo estado como legítimos. Porém, não os considerou correlatos aos *meios*, haja vista que a lei permitia a supressão da livre expressão e não apenas punia a conduta destrutiva de símbolos ou que levasse à quebra da paz. Assim, os interesses do estado em coibir condutas não discursivas não tinham *peso* suficiente para suportar a limitação incidental sobre as liberdades tuteladas pela Primeira Emenda. Atentando ao fato de a conduta de Johnson não envolver violência física, nem palavras de rixa e diretamente incitadoras à violência, a Corte submeteu a lei texana a *escrutínio estrito*. Quanto à quebra da paz, manifestou que o Texas possuía uma lei específica sobre o assunto e, em caso de ter ocorrido violência, ela entraria em ação. Esta outra norma seria, pois, um *meio* menos intrusivo na liberdade de expressão sob a forma de conduta simbólica. Foi ressaltado que a simples reação adversa de uma plateia a determinadas idéias não pode, sobremaneira, ser motivo para a censura do discurso.

Em parágrafo introdutório a este item escreveu-se que a Corte, depois de *reviver* o uso isolado da *doutrina* do devido processo legal substantivo para garantir direitos não enumerados de intrusões governamentais desprovidas de razoabilidade, por vezes aplicou a *doutrina* de modo combinado, quer dizer, como *incorporadora* de *direitos enumerados* na Primeira Emenda e como *doutrina autônoma*, protegendo *direitos não enumerados*. Destacam-se aqui dois desses casos, cujo exame agora se empreenderá.

Em *Rumyon v. McCrary*,⁴⁶² a Corte confrontou-se com uma intrincada situação, complexa por envolver *direitos enumerados* e *não enumerados*, todos conflitando entre si. Aparecia, ainda, uma questão importante quanto à presença ou não da *state action*, condição *sine qua* para a invocação do devido processo legal. Deslindando-o, Corte Suprema não declarou inconstitucional a seção questionada do *Civil Rights Act*, nem a *construção* a ela ofertada no caso pelas Cortes estaduais. Apesar de reconhecer a liberdade de associação, aposta na Primeira Emenda, e os direitos de privacidade e de liberdade dos pais no direcionamento da educação dos filhos, estes *não enumerados* mas abarcados pelo devido processo legal da Décima Quarta Emenda, a Corte assinalou o largo poder regulatório dos estados em relação às escolas, como também a autorização constitucional dada ao Congresso pela Décima Terceira Emenda

⁴⁶² Um casal, respondendo a um anúncio, procurou uma escola privada para matricular seus filhos. As crianças possuíam a qualificação exigida. Todavia, a matrícula foi negada. Motivando a recusa, a escola declarou-se *não-integrada*. Os pais, representando os filhos, ingressaram com uma ação de perdas e danos contra os proprietários do estabelecimento educacional, alegando violação do *Civil Rights Act* de 1981, lei federal que proibia a discriminação racial em alguns negócios privados, dentre eles escolas. Os proprietários, por sua vez, alegaram a violação, pela norma federal, da liberdade de associação (pois obrigava pessoas a se associarem com quem não desejavam), da liberdade dos pais na educação de seus filhos e do direito de privacidade, arguindo sua inconstitucionalidade. *Rumyon v. McCrary*. 427 U.S. 160 (1972). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=427&invol=160>> Acessado em: 22/05/2001.

para reforçar seu texto. Confirmou a legitimidade do *fim* intencionado pelo estado – evitar a discriminação racial e a segregação escolar. Ao sopesar a liberdade de associação, o direito dos pais educarem seus filhos e o direito de privacidade com a *substantive equal protection*, a Corte optou pela última, reputando-a *fim* legítimo e razoáveis os *meios* adotados. O *Justice* Powell, em voto concorrente, chamou a atenção para a inexistência de *state action* no caso, mas concordou com o resultado obtido pela Corte, haja vista que uma escola não pode ser considerada um negócio meramente privado, mas sim um sujeito a intensas regulações estatais. O *Justice* Stevens, também concorrendo, arrazoou seu voto *no senso de justiça* prevalente ao tempo da decisão, senso este que inadmitia a discriminação racial. Ele estava aludindo à teoria desenvolvida pelo *Justice* Cardozo, segundo a qual o Judiciário deve decidir em consonância com os *mores of their day*.⁴⁶³ Dissentindo, os *Justices* White e Rehnquist acusaram a Corte de estar adentrando em opções privadas, concernentes à decisão de firmar ou não um contrato com alguém. Desta forma, estava desvirtuando a aplicação da Décima Quarta Emenda, tanto da *igual proteção* quanto do devido processo legal, uma vez que a discriminação era privada e não produto de uma *state action*.

A liberdade de crença e exercício religioso, aliada à separação Igreja/Estado, que fora objeto de variadas manifestações da Suprema Corte na *Era* 1937-1954, supra relatada,* ocupou espaço dentre os casos decididos na *Era* agora sob análise. Notório exemplo foi um caso envolvendo os direitos das comunidades *Amish* e o poder de polícia dos estados. Neste, como em *Rumyon*, mostravam-se dois *direitos enumerados* e um *não enumerado*. Especificamente, aqueles eram os de liberdade de crença e exercício religioso, e este, a liberdade dos pais de dirigir a educação de seus filhos, que já havia sido reconhecido em *Meyer*, *Pierce* e em *Prince*. Está-se mencionando o caso *Wisconsin v. Yoder*,⁴⁶⁴ no qual a maioria da Corte, em *opinion* da autoria do *Chief Justice* Burger, reconheceu a legitimidade e o alto valor do *fim* almejado (*compelling*), reputando a educação como uma responsabilidade do estado. Assim, disse ser indubitável o poder de polícia para estabelecer regulações razoáveis com escopo de controlar e

⁴⁶³ Vide: CARDOZO, Benjamin Nathan. Op. Cit., passim.

* Vide supra, neste capítulo, subitem 3.2.2.

⁴⁶⁴ Famílias pertencentes à comunidade religiosa *Amish* recusaram-se a enviar seus filhos para a *high school*, em contrariedade com as leis estaduais que instituíam compulsoriedade escolar até os 16 anos de idade. A comunidade *Amish* não objetava a obrigatoriedade da educação primária, que, se regular, estaria completa quando o adolescente atingisse 14 anos de idade, mas alegava a violação de seus direitos de livre exercício religioso e de liberdade na educação dos filhos quando se tratava de compulsoriedade da *high school*, uma vez que os adolescentes teriam de ser afastados de sua comunidade e de sua religião para conviver em uma ambiência hostil e em escolas que ensinavam valores e disciplinas conflitantes com sua crença. Os litigantes *Amish* inseriram no processo farta documentação, com depoimentos, relatórios e avaliações de teólogos, pedagogos e outros estudiosos, comprovando o caráter diferencial de sua comunidade, a necessidade de isolamento e de recusa da vida moderna como essenciais à sua fé e o fornecimento de educação dentro da própria comunidade aos jovens entre 14 e 16 anos. O estado, por seu turno, alegou a necessidade de educação *universal* dos residentes no estado, a fim de prepará-los para a vida moderna, para serem auto-suficientes, bem como para torná-los *bons* cidadãos, reputando a educação como indissociável do sistema político norte-americano. A lei tipificava como crime o não-envio dos filhos à escola,

de determinar diretrizes da educação. Entretanto, a Corte negou que este objetivo estatal estivesse fora do âmbito do *balancing*, posto a existência de direitos com ele conflitantes, como o direito dos pais de direcionarem a educação de seus filhos e o livre exercício religioso. Balanceando os interesses em pauta, o *Justice Burger* colacionou os direitos infringidos como *liberdades preferenciais*, presumiu *inconstitucional* a medida, deixando o ônus da prova da constitucionalidade com o estado. Segundo a Corte, o estado não se desincumbiu do ônus, pois não provou porque dois anos a mais na educação escolar justificariam uma intrusão tão severa nos direitos em jogo, nem comprovou a existência de perigos reais ao desenvolvimento físico, moral e psíquico dos adolescentes *Amish* por não cumprirem os dois anos adicionais. A intrusão foi reputada pela Corte como não apenas severa, mas inescapável, pois, sob pressão de sanção criminal, os *Amish* eram levados a ferir os mandamentos de sua religião. A Corte ressaltou que o estado partia de uma premissa errônea, a ignorância dos *Amish*, e, calcado nela, supunha que a maioria estava *certa* e os *Amish* *errados*, simplesmente por serem diferentes e idiossincráticos. Por fim, fez duas ressalvas: na primeira, esclareceu que não havia, no caso decidido, nenhum choque entre o interesse dos pais e o dos adolescentes, pois, se houvesse, os termos decisórios seriam outros. Na segunda, demonstrou a delicadeza da tarefa de estabelecer exceções à generalidade característica das leis, tornando patente a necessidade de demonstração da pertinência da exceção, aceita no caso porque o contraste entre o que os *Amish* aceitavam e o interesse estatal era ínfimo. Isto é, implícito ficou que, se os *Amish* recusassem qualquer educação formal a seus filhos, o sopesar do *balancing* penderia para o lado contrário.

A Suprema Corte seguiu manifestando-se em casos versando sobre o conflito entre a liberdade de exercício religioso e o poder de polícia dos estados estava presente. Solucionava-os utilizando-se da *incorporação seletiva* dessa liberdade no devido processo legal da Décima Quarta Emenda e do *balancing*, em alguns casos utilizando-se do *escrutínio estrito*, noutros, não. Em 1963, a *Corte Warren* não concordou com a *construção* da lei de seguro desemprego das Cortes estaduais que o denegavam a pessoas que haviam recusado determinados empregos por motivos religiosos. Segundo a Corte, a interpretação impunha ônus financeiros excessivos sob um grupo religioso minoritário. Para chegar a esta conclusão, a Corte reputou *preferencial* a liberdade de crença e exercício religioso, aplicando o *teste do compelling interest*.⁴⁶⁵ Todavia, a *Corte Rehnquist*, sucessora da *Corte Burger*, assumiu uma postura mais *conservadora* nesta seara. Veja-se: a) reputou constitucional a obrigatoriedade do trabalho aos

estabelecendo pena de multa e prisão. *Wisconsin v. Yoder*. 406 U.S. 205 (1972). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=406&invol=205>. Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁶⁵ Uma senhora, membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, estava recebendo seguro-desemprego. Como recusou ofertas trabalhistas que lhe exigiam labor aos sábados, dia de descanso e culto, no qual é vedado o trabalho aos adventistas, seu benefício foi cortado. *Sherbet v. Verner*. 374 U.S. 398 (1968). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=374&invol=398>. Acessado em: 22/05/2001.

domingos para os internos prisionais, mesmo que conflitante com a crença religiosa dos detentos, dado o caráter excepcional das prisões;⁴⁶⁶ b) considerou constitucional a *construção* da lei de seguro-desemprego feita pelas Cortes do Oregon, em um caso no qual o seguro foi negado a empregados despedidos por justa causa, qual seja, o uso de psicotrópicos durante o horário de trabalho, refutando a alegação de violação da liberdade religiosa;⁴⁶⁷ c) declarou inconstitucional uma lei de um município da Flórida que criminalizava o sacrifício de determinados animais, pois a lei fora desenhada para encampar um único grupo religioso adepto da prática ritual.⁴⁶⁸

Do exposto, depreende-se que a *doutrina* do devido processo legal substantivo manteve-se em *sobrevida* nesta etapa do constitucionalismo estadunidense. Ela não mais era utilizada isoladamente, mas sempre em combinação com direitos expressos no *Bill of Rights*. Na década de 1960, a cláusula voltaria a *viver*, sendo aplicada de modo autônomo, mais uma vez protegendo *direitos não enumerados*. Mas, como alguns casos mais recentes estudados neste tópico deixam entrever, sua aplicação autônoma não é prejudicial à combinada com os direitos das oito primeiras Emendas à Constituição estadunidense. Esta continua a existir, sendo paulatinamente aprimorada, como pode ser compreendido pelas épocas de alguns casos retromencionados. Porém, as fases mestras do devido processo legal substantivo são as *autônomas*, seja a *econômica* ou a *personal*. Toma-se a partir daqui o estudo da utilização autônoma do *personal substantive due process of law*.

3.3.2 A AUTONOMIA DA *DOCTRINA* E UM NOVO RUMO: O DIREITO À PRIVACIDADE

A forma mais expressiva de aplicação da *doutrina* do devido processo legal substantivo a partir da década de 1960 até os dias atuais não se encontra em suas manifestações protetoras de direitos enumerados no *Bill of Rights*. Seu foco central localiza-se na aplicação *autônoma*, na proteção de direitos não expressamente apostos no texto constitucional, mas compreendidos como *dentro* da *liberdade genérica* presente na redação da cláusula do devido processo legal no texto da Constituição. É a etapa descrita nos parágrafos introdutórios deste item como alínea c. O caso marco, o qual forneceu a fundação para sua retomada como *doutrina* constitucional isolada, foi *Griswold v. Connecticut*. Neste, foi reconhecido o direito de *privacidade*, cujas bases argumentativas já estavam formadas desde os períodos

⁴⁶⁶ Tratava-se do caso *O'Lone v. Shabazz*. 482 U.S. 342 (1987), *apud* WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 370.

⁴⁶⁷ Tratava-se de duas pessoas despedidas pela utilização do *peioté*, uma droga proibida pelas leis estaduais, durante a jornada laboral. Ocorre que a ingestão do *peioté* faz parte de um ritual religioso, o *mitote*, típico dos índios nativos do norte do México e sul dos Estados Unidos. Os homens, ao não receberem o seguro-desemprego, alegaram a violação do direito de livre exercício religioso. *Employment Division of the State of Oregon v. Smith*. 494 U.S.872 (1990) *apud* WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 370.

⁴⁶⁸ A lei continha tantas exceções e detalhes que se tornava patente o intuito velado de atingir apenas um grupo religioso. *Church of Lukumi v. City of Hialeah*. 124 U.S. 472 (1993). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=124&invol=472>» Acessado em: 22/05/2001.

anteriores, nos casos *Meyer v. Nebraska*,⁴⁶⁹ *Public Utilities Co v. Pollack*,⁴⁷⁰ *Skinner v. Oklahoma*⁴⁷¹ e em um caso deste interregno, *Poe v. Ullman*. Estudar-se-á, em breves linhas, este dois últimos, e, num segundo momento, adentrar-se-á no exame de *Griswold*. Após, serão alvo de consideração os casos responsáveis pelo desenho das rotas percorridas pela Suprema Corte na utilização *autônoma* da *doutrina* do devido processo legal substantivo e também pelos que desdobraram o direito de privacidade, em assuntos como contracepção, casamento, relações familiares, aborto, orientação sexual, morte digna e transações financeiras.

Já no interregno estudado anteriormente,* no qual a utilização do devido processo legal substantivo para proteger *direitos não enumerados* estava obscurecida, a Corte havia reconhecido a fundamentabilidade do direito a procriar, no caso *Skinner v. Oklahoma*.⁴⁷² Todavia, a maioria da Corte assentou esse direito na *equal protection clause* da Décima Quarta Emenda, e não no *substantive due process of law*. Apenas o *Justice Jackson* mencionou, em seu voto concorrente, a substantividade do devido processo legal, isto é, tomou-o como uma cláusula constitucional que apunha limitações substantivas aos Legislativos quando estes constringissem liberdades individuais. Apesar do não-acordo dos *Justices* acerca de uma base *doutrinal* para o asseguramento da liberdade de procriar, a lei de Oklahoma não resistiu ao *escrutínio estrito* aplicado. Este caso seria um apoio para diversos outros que a Corte decidiu no período ora examinado, sendo freqüentemente referido. Agora, porém, a base constitucional para a tutela de determinados *direitos não enumerados* seria encontrada com mais coesão no devido processo legal substantivo.

⁴⁶⁹ *Meyer v. Nebraska*. 262 U.S. 390 (1923). Cit.

⁴⁷⁰ *Public Utilities Co. v. Pollack*. 343 U.S. 451 (1952). Cit.

⁴⁷¹ *Skinner v. Oklahoma*. 316 U.S. 535 (1942). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=usvol=492&invol=490> Acessado em: 22/05/2001.

* Trata-se do período iniciado em 1937 e cujo termo dá-se, aproximadamente, na década de 1960. Vide supra, neste capítulo, item 3.2.

⁴⁷² Em *Skinner*, discutiu-se a constitucionalidade de uma lei estadual que determinava a esterilização compulsória de condenados pela segunda vez por *felony*. Todos os residentes do estado que fossem duas ou mais vezes condenados por *felony*, no estado ou fora dele, seriam submetidos a um processo, com julgamento pelo júri, para determinar se a esterilização seria ou não danosa à sua saúde. Skinner, condenado uma vez por furto de galinhas e duas por roubo com arma de fogo, foi submetido a este julgamento. Ao júri foi apenas perguntado se a *vasectomia* seria danosa à sua saúde. Houve alegação da inconstitucionalidade da lei em face à Décima Quarta Emenda, alegação recusada em âmbito estadual. Skinner foi condenado pelo júri. Recorreu, então, à Suprema Corte estadunidense, a qual optou unanimemente pela inconstitucionalidade. O voto majoritário, da lavra do *Justice Douglas*, escorou-se na *igual proteção*, em que pese ter mencionando, *an passant*, outros esteios para a inconstitucionalidade. A *igual proteção* foi utilizada porque os crimes de *colarinho branco* não fazem parte da categoria *felony*, mas de outra, não constituinte do tipo penal da lei de esterilização. Ademais, o *Justice Douglas* questionou a base justificadora da medida, a *comprovação científica* da hereditariedade do comportamento criminoso. Em voto concorrente, o *Justice Stone* não objetou a esterilização compulsória, mas o procedimento adotado pela lei, que não ofertava o direito de o acusado refutar a presunção de hereditariedade do comportamento criminoso, mas lhe dava apenas o direito de provar o dano à sua saúde causado pela esterilização. O *Justice Jackson*, por seu turno, chamou a lei de *um plano de eugenia*, recusando, com base no devido processo legal, a sua constitucionalidade. *Skinner v. Oklahoma*. 316 U.S. 535 (1942). Cit.

Em 1961, no caso *Poe v. Ullman*,⁴⁷³ a maioria da Corte recusou-se a conhecer a questão constitucional, uma vez que não estava presente uma controvérsia real, mas uma hipotética. Como é regida pelo sistema de *casos e controvérsias*, a Corte declinou da competência para julgar um *caso teste*. Entretanto, os *Justices* Douglas e Harlam, em votos dissidentes redigidos separadamente, afirmaram a competência da Corte e penetraram na questão constitucional levantada. Suas manifestações sinalizaram a utilização *autônoma* da *doutrina* do devido processo legal substantivo, havendo uma intensa e competente explanação do significado desta *doutrina* no voto do *Justice* Harlam. Após explicar com precisão o sentido da *doutrina* do devido processo legal substantivo e da *liberdade genérica* sob sua tutela, o *Justice* Harlam optou pelo *escrutínio estrito*, não encontrando nenhum motivo racional apto a embasar os *meios* escolhidos pelo legislador de Connecticut, nem apto a conectá-los com um dos *fins* almejados – evitar relações adulterinas. Quanto à promoção da fertilidade, outro *fin* alegado, reputou o meio por demais intrusivo no direito de privacidade, uma vez que o estado interferia na *cama do casal* para alcançá-lo. Aduziu que os *fins* ditos *escondiam* outro, a crença na imoralidade dos anticoncepcionais, este um alvo ilegítimo, já que o estado secular não era um guardião da moralidade privada de seus cidadãos. O *Justice* Douglas argumentou através da Primeira Emenda, asseverando o direito de médicos e pacientes trocarem informações sem a intrusão do estado, e do devido processo legal substantivo, retratando seu conteúdo, aplicando-o e eximindo-o durante a *Era Lochner*. *

Apenas quatro anos depois, apresentou-se à Corte um problema bastante similar, na contenda *Griswold v. Connecticut*.⁴⁷⁴ O *Justice* Douglas lavrou a *opinion* da Corte, optando pela inconstitucionalidade da lei de Connecticut. Ele declinou expressamente do convite à utilização autônoma da *doutrina* do devido processo legal substantivo, fundando sua decisão em cinco Emendas pertencentes ao *Bill of Rights*, a Primeira, a Quarta, a Quinta, a Nona e a Décima Quarta. Segundo sua motivação, em cada uma dessas Emendas há direitos periféricos ao principal, que o complementam: “*garantias específicas do Bill of Rights possuem penumbras, formadas pelas emanções destas garantias que*

⁴⁷³ Tratava-se de três pedidos de *julgamento declaratório abstrato* de inconstitucionalidade de uma lei de Connecticut a qual criminalizava o uso de anticoncepcionais, bem como sua recomendação e prescrição por médicos. Um casal e uma mulher casada necessitavam de prescrições e informações médicas para o uso de contraceptivos. Apesar de o médico consultado possuir as informações sobre os métodos adequados, não pôde repassá-las, nem prescrever as drogas, sob pena de ser condenado à prisão. O casal, a mulher casada e o médico ingressaram em juízo pedindo a declaração de inconstitucionalidade da lei, mesmo na ausência de incidência e execução. *Poe v. Ullman*. 367 U.S. 497 (1961). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=367&invol=497>. Acessado em: 22/05/2001.

Tanto o voto do *Justice* Harlam como o do *Justice* Douglas neste caso serão objeto de maiores comentários no capítulo subsequente.

⁴⁷⁴ O diretor executivo e o diretor médico *Planned Parenthood League of Connecticut* foram condenados à prisão por oferecer informações e, após exame, prescrever anticoncepcionais femininos a pessoas casadas. De acordo com a legislação estadual, o uso de qualquer método para prevenir a natalidade constituía crime, assim como a assistência no uso, aconselhamento ou prescrição deles. Os dois crimes eram sujeitos à idêntica punição, multa e prisão. *Griswold v. Connecticut*. 381 U.S. 479 (1965). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=381&invol=479>. Acessado em: 22/05/2001.

auxiliam a dar-lhes vida e substância."⁴⁷⁵. Através da sobreposição das penumbras de cada uma das Emendas referidas, o *Justice Douglas* demonstrou a existência do direito de privacidade nas relações conjugais, categorizando-o como direito dotado de fundamentabilidade. A lei, então, restringia um *Direito Fundamental*. Como ela não proibía o fabrico e a comercialização dos anticoncepcionais, o *Justice Douglas* considerou que o *meio* selecionado pelo legislador possuía impacto destrutivo máximo sobre o direito de privacidade nas relações conjugais, autorizador de intrusões governamentais no quarto de um casal.

Houve três votos concorrentes, elaborados separadamente pelos *Justices* Goldberg, Harlam e White. O primeiro invocou a Nona Emenda e o *due process of law* da Décima Quarta Emenda. Sem incorporar a Nona Emenda no devido processo legal da Décima Quarta, utilizou a Nona Emenda como uma fonte indicadora de legitimidade da proteção de direitos não explícitos no *Bill of Rights* pelo devido processo legal da Décima Quarta Emenda.⁴⁷⁶ O segundo acreditou suficiente a aplicação isolada da *doutrina* do devido processo legal substantivo, sem necessidade de recursos a *radiações* dos direitos contidos expressamente no *Bill of Rights*.⁴⁷⁷ O *Justice White* calcou seu voto no devido processo legal substantivo, aplicando o *teste da razoabilidade*, com exigência de um interesse estatal substancial (*compelling*) para a constrição do direito de privacidade nas relações conjugais. Ele não encontrou uma relação clara entre o *fim* estatal anunciado – prevenção de relações sexuais extra-conjugais – com o *meio* escolhido, proibição do uso de anticoncepcionais por pessoas casadas.⁴⁷⁸

O voto dissidente foi da autoria do *Justice Black*, acompanhado pelo *Justice Stewart*. Ele acusou a Corte de estar ofertando crédito a uma *doutrina* desacreditada havia trinta anos. Tarjando a lei de *tola* e posicionado-se pessoalmente contra, negou que, como *Justice*, estivesse autorizado a declará-la inconstitucional através de considerações de *justiça natural* e do devido processo legal, substituindo a escolha do legislador por suas preferências particulares.⁴⁷⁹

Em que pese o *Justice Douglas* ter recusado expressamente o assento decisório deste caso na *doutrina* do devido processo legal substantivo, é difícil não concordar com uma das manifestações do *Justice Black*, ou seja, é difícil negar que a maioria da Corte estava retornando à aplicação *autônoma* do *substantive due process of law* e aplicando a linha abstrata de raciocínio presente em *Lochner* v. *New*

⁴⁷⁵ *Id.* "specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance"

⁴⁷⁶ *Id.* Voto do *Justice Goldberg*.

⁴⁷⁷ *Id.* Voto do *Justice Harlam*.

⁴⁷⁸ *Id.* Voto do *Justice White*.

⁴⁷⁹ *Id.* Voto dissidente do *Justice Black*.

York.⁴⁸⁰ Em seguida, a própria Corte assumiu este pensar, não só tacitamente, através da aplicação *autônoma* da *doutrina* do devido processo legal substantivo, como também expressamente, através de referências a *Griswold* nos casos futuros calcados no *substantive due process of law*. Então, mesmo com a recusa formal da Corte em acatar novamente a autonomia da *doutrina*, *Griswold* significou o plantar de uma semente que renderia muitos frutos.

A fim de estudar a nova etapa da versão substantiva do *due process of law*, os casos serão separados, com finalidade meramente didática, em linhas temáticas, a saber: a) procriação; b) casamento; c) relações familiares; d) morte digna; e) orientação sexual; f) privacidade nas transações financeiras.* No primeiro grupo, entram em discussão atos normativos que impõem ônus à liberdade de escolher o *momento* de ter um filho. Inclui-se aí o debate sobre o aborto. O *carro chefe* das decisões da Suprema Corte tratando com a questão do aborto foi *Roe v. Wade*, decidido em 1973. No entanto, como *Roe* deu origem a uma gama de decisões da Suprema Corte, que perduraram até o início da década de 1990, será avaliado posteriormente, para que se possam agrupar os casos sobre o aborto sem prejuízo à compreensão dos casos sobre os demais temas decididos ao longo das duas décadas em que o tema do aborto foi um labor constante da Suprema Corte. E, em apartado, mas versando sobre a liberdade de procriar, ver-se-á o caso *Cleveland Board of Education v. LaFleur*.

3.3.2.1 Procriação

A definição de liberdade aposta no caso *Meyer*, consoante já mencionado, gerou frutos. Um simples trecho da definição ensejou uma gama de liberdades a serem protegidas pelo *due process of law*, gama esta que forma um dos pontos mais polêmicos de aplicação da *doutrina*. Trata-se do trecho “*de estabelecer um lar e de ter filhos*”⁴⁸¹, o qual foi interpretado como abraçando a *liberdade de procriar*, que engloba o uso de contraceptivos e a esterilização, como nos casos *Griswold* e *Skinner* antes descritos, e inclui, também a liberdade de optar por um aborto, dentre outras derivações. Neste tópico, avaliar-se-á uma dessas derivações atinentes à liberdade de procriar. Os casos envolvendo o aborto, embora situem-se dentro da temática da procriação, serão descritos ao final, pelos motivos já expostos.

⁴⁸⁰ Nesse sentido: KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p. 652. No mesmo sentido, expressam-se TRIBE, Laurence. *On reading...* Op. Cit., p. 54-55; 73-75; 112-114. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 289. KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 152-153; 184-186.

A opção por esta categorização deu-se *exclusivamente* para facilitar a apresentação dos casos nesta fase do trabalho. Isto não significa, de modo algum, que se esteja negando a relação dessas linhas temáticas com o *princípio* norteador do direito de privacidade e, portanto, que se esteja negando a correlação intrínseca que estes casos possuem entre si.

⁴⁸¹ *Meyer v. Nebraska*. 262 U.S. 390 (1923). “*establish a home and bring up children*”

Em *Cleveland Board of Education v. LaFleur*,⁴⁸² decidido após *Roe v. Wade*, a Suprema Corte enfrentou a questão da razoabilidade de intrusões governamentais que impunham ônus à decisão de ter ou não ter um filho, mas que não implicavam a questão do aborto. A Corte reputou as normas das Secretarias de Educação inconstitucionais, por violarem o *due process of law* da Décima Quarta Emenda. O estado apresentou como motivos justificadores da norma a continuidade das aulas e a necessidade de professores capacitados fisicamente, em prol da segurança dos alunos e da própria gestante, motivos estes que a Corte tomou por legítimos. Todavia, a Corte não vislumbrou a conexão entre os *fins* pretendidos e os *meios* escolhidos, pois, como as gestações ocorrem em épocas diferentes, o afastamento compulsório a partir de um período gestacional determinado não garantiria continuidade das aulas, podendo, inclusive, ser prejudicial ao *fim* almejado, como ocorrera nas situações de fato postas no caso. Para este *fim*, a exigência de notícia da gravidez mostrou-se *meio* não apenas suficiente, bem como absolutamente razoável. Reconhecendo como *liberdade* protegida pelo devido processo legal a de ter ou não ter um filho, a Corte considerou que as normas, por compelirem professoras ao desemprego por um lapso considerável, penalizavam-nas por engravidarem, impondo um *ônus excessivo* ao direito. Ademais, a Corte tomou a presunção de incapacidade física das gestantes a partir de um certo mês desarrazoada, por muito ampla e por seu caráter de irrefutabilidade em uma situação de variação casuística. A Corte qualificou como razoável a regulação que exigia atestado médico para o retorno à sala de aula, sem necessidade de decurso de prazo de três meses, este desarrazoado por estabelecer presunção irrefutável de incapacidade física. O *Justice* Powell, concorrendo, não compactuou com o arrazoado das presunções irrefutáveis, e, optando por uma combinação do devido processo legal com a *igual proteção*, tarjou de irracionais as *classificações* feitas pelas normas. Avaliou como irracional, também, um motivo escuso das Secretarias de Educação, o de afastar crianças do convívio com gestantes.

3.3.2.2 Casamento

⁴⁸² Tratava-se da discussão da constitucionalidade de duas normas de licença maternidade de Secretarias de Educação, uma de Cleveland e a outra de Chesterfield County. Aquela norma previa: a) o afastamento de professoras gestantes de seu emprego sem direito à remuneração, a contar do quinto mês antes da data prevista para o parto; b) notícia prévia da gravidez, duas semanas antes da data do afastamento; c) retorno no início do semestre seguinte à compleição de três meses do nascimento, com apresentação de atestado médico de capacidade física condizente com a atividade. A norma de Chesterfield trazia previsões similares, afastamento a partir do quarto mês, e notícia a partir do sexto mês, contados da data prevista para o parto, e retorno não assegurado ao emprego após apresentação de atestado médico. Duas professoras primárias de Cleveland foram compulsoriamente licenciadas de seus empregos por ingressarem no quinto mês de gravidez. Ambas pararam de trabalhar no mês de março, em um período letivo cujo termo era abril. *Cleveland Board of Education v. LaFleur*. 414 U.S. 632 (1974). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=414&invol=632>. Acessado em: 22/05/2001.

Alguns atos normativos estaduais que cerceavam as liberdades atinentes ao casamento foram alvo de exame de constitucionalidade, e, para decidi-los, a Corte recorreu ao devido processo legal substantivo. Tal se mostrou em *Loving v. Virginia*,⁴⁸³ *Zablocki v. Redhail*,⁴⁸⁴ e *Turner v. Safley*.⁴⁸⁵ Confira-se:

Em *Loving v. Virginia*,⁴⁸⁶ a Corte rechaçou a constitucionalidade da lei por unanimidade. Admitiu a existência de um *direito não enumerado* e tutelado pelo devido processo legal – a liberdade de casar (ligada não apenas ao direito de privacidade, mas também à liberdade de associação) – que havia sido violado. Calcada na *igual proteção* e no devido processo legal substantivo, a Corte reputou insuportável a classificação racial estabelecida pela lei, e afirmou que a medida era incapaz de sobreviver ao escrutínio judicial, já que desprovida de qualquer propósito concebível dentro da competência de um estado, não havendo *fim* legítimo no caso. No depreender da Corte, a Constituição dos Estados Unidos deixava ao alvitre do indivíduo decidir se queria ou não se casar com uma pessoa de outra raça.

Em *Zablocki v. Redhail*,⁴⁸⁷ a maioria da Corte optou por derrubar a lei, argumentando o ferimento da *igual proteção*. Porém, tanto o voto concorrente como abalizados comentadores afirmaram que a decisão foi fulcrada na *doutrina* do devido processo legal substantivo, mascarado de *igual proteção*, pois os precedentes invocados eram da linha daquela *doutrina* e o rumo decisório seguiu os passos de aplicação que lhe são típicos. Com apoio em diversos casos anteriormente decididos, a Corte reconheceu que havia um direito salvaguardado pelo devido processo legal restrito, a *liberdade de casar*.^{*} Considerada a *natureza* do direito envolvido, a Corte aplicou o *escrutínio estrito*. Os *fins* estatais

⁴⁸³ *Loving v. Virginia*. 388 U.S. 1 (1967). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=388&invol=1> Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁸⁴ *Zablocki v. Redhail*. 434 U.S. 374 (1978). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=434&invol=374> Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁸⁵ *Turner v. Safley*. 482 U.S. 78 (1987). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=482&invol=78> Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁸⁶ Dois residentes do estado da Virginia, uma mulher negra e um homem branco, casaram-se no distrito de Columbia. Logo após o casamento, retornaram à Virginia, fixando residência em um *município* desse estado. No mesmo ano, foram denunciados, processados e condenados por violação à lei que proibia casamentos inter-raciais. Foi imposta pena de um ano de prisão, suspensa por vinte e cinco anos, desde que o casal deixasse o estado. A condenação escorava-se em duas normas, ambas partes de um esquema desenhado para coibir casamentos entre pessoas pertencentes à raça branca e às raças *coloridas*. Uma delas criminalizava o casamento inter-racial, e a outra, a saída do estado para a celebração de tais uniões em outros estados. Os Loving atacaram a constitucionalidade da lei, por violadora da *igual proteção* e do devido processo legal. O estado assim motivou a lei: a) preservação da integridade racial e da *pureza do sangue*; b) manutenção do orgulho racial. Alegou que a lei não era discriminatória, pois atingia a todos, brancos e negros. *Loving v. Virginia*. 388 U.S. 1 (1967). Cit.

⁴⁸⁷ Versava o caso sobre a constitucionalidade de uma lei estadual que determinava a denegação de licenças de casamento para qualquer residente do estado que possuísse uma criança como dependente, sob guarda de outrem, que não comprovasse estar quite com as pensões alimentícias impostas judicialmente. Redhail, pai de uma criança cuja guarda era detida pela mãe, não comprovou a quitação das parcelas alimentícias, não pagas porque ele estava desempregado e porque a criança estava recebendo suporte governamental. A licença necessária para o casamento não foi expedida pelas Cortes estaduais. Impedido de contrair matrimônio, Redhail alegou a inconstitucionalidade da lei, em vista da Décima Quarta (*due process of law e equal protection*), da Primeira (liberdade de associação) e da Nona Emendas. O estado justificou a lei em três bases: a) aconselhamento a quitar obrigações anteriores antes de assumir novas; b) preocupação com o bem-estar da criança; c) incentivo ao pagamento das pensões alimentares. *Zablocki v. Redhail*. 434 U.S. 374 (1978). Cit.

^{*} Foram citados *Meyer v. Nebraska*, *Skinner v. Oklahoma*, *Loving v. Virginia*, *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, *Eisenstad v. Baird*, *Prince v. Society of Sisters*.

angariaram legitimidade, e, de acordo com a Corte, eram de alta monta (*compelling*). Todavia, o *teste da razoabilidade* não foi satisfeito, pois os *meios* não eram condizentes com os *fins* intencionados. Vedar a concessão de licenças de casamento não aconselharia alguém a não contrair novas responsabilidades, *meio* mais adequado e menos constritor de *Direitos Fundamentais** seria a instituição de um sistema de aconselhamento, este não previsto pela lei. Ademais, a medida mostrava-se inócua para prevenir a contração de dívidas, pois deixava aberta a possibilidade da contratação de qualquer débito, e vedava casamento, que não significava necessariamente obrigações pecuniárias adicionais. A Corte afirmou, ainda quanto aos *meios*, que o estado contava com mecanismos próprios para executar um devedor de alimentos, menos intrusivos em um *Direito Fundamental* não ligado à dívida. Por fim, a Corte demonstrou um efeito pernicioso da lei, o incentivo a uniões não formais.

Em voto concorrente, o *Justice* Stewart afirmou que a maioria da Corte havia decidido através do *substantive due process of law*, fato ofuscado ao se cognominar a argumentação de *igual proteção*. Ele discordou da classificação do *casamento* como um *Direito Fundamental*, classificando-o como um *privilegio* protegido constitucionalmente, sujeito a intensas regulações estatais e, em alguns casos, total supressão. Todavia, reputou a lei desprovida de razoabilidade, por ser seriamente defectiva: a) ela era *hiperinclusiva*, isto é, atingia o nubente não devedor; b) ela era muito mais severa com pessoas em situação financeira precária, que não tinham meios de quitar as pensões, favorecendo, por isso, os mais ricos; c) para algumas pessoas, as mais pobres, ela poderia significar uma sanção perpétua ao casamento. Esses defeitos tornavam a lei tão ofensiva às tradições norte-americanas e às *noções compartilhadas de justiça* que não haveria modo de ela se coadunar com o devido processo legal substantivo. Ademais, o *coração do devido processo legal*, a correlação razoável entre os *fins* e os *meios* , não se fazia presente na lei *sub judice*. O *Justice* Powell, concorrendo também, combinou em sua argumentação o devido processo legal substantivo com a *igual proteção*, mas recusou-se a aplicar o *escrutínio estrito*, uma vez que os estados tinham amplos poderes para regulamentar o casamento, não sendo, pois, pertinente a aplicação de um exame rigoroso nem a exigência de um *compelling interest*.* O *Justice* Stevens destinou seu voto concorrente ao comentário da tensão entre o voto majoritário e o voto do *Justice* Stewart, explicitando o porquê da argumentação ter-se focalizado na *igual proteção*, negando que o arrazoado

* A expressão *Direito Fundamental* é aqui empregada somente porque foi esta designação dada na decisão em comento. Quando grafada com caracteres itálicos, a expressão estará sendo reproduzida do voto a que se refere.

A expressão *compelling interest* apresenta como tradução literal a expressão interesse coercivo. Ela adquire uma conotação ambígua em português, uma vez que interesse coercivo pode representar tanto um interesse forte, cogente, como um interesse em punir, um interesse de coerção do Estado em relação às pessoas. Este último não é o sentido da expressão *compelling interest*, que significa um interesse forte que leva o Estado a agir, ou seja, é de importância e compele o Estado a agir. A fim de evitar ambigüidades, manter-se-á a expressão em inglês, *compelling interest*. Para um maior esclarecimento, transcreve-se a definição da expressão *compelling interest* em um Dicionário Jurídico: "*compelling state interest: a governmental interest (as educating children or protecting the public) which is so important that it outweighs individual rights.*" MERRIAN – WEBSTER'S DICTIONARY OF LAW, 1996. Op. Cit. Vocabulo interest.

fosse a versão substantiva do devido processo legal *maquiada*. O *Justice* Renhquist, por sua vez, dissentiu, mostrando a inadequação do *escrutínio estrito* para o caso e considerando os *meios* hábeis a atingir um *fim* de alto apreço (*compelling*): o pagamento de verbas alimentícias.

Houve um caso no qual a Suprema Corte deparou-se com a reclamação de violação de um direito da Primeira Emenda – a liberdade de expressão – e um *direito não enumerado*, mas anteriormente reconhecido, a liberdade de casar, dos internos prisionais do estado do Missouri. Era o caso *Turner v. Safley*.⁴⁸⁸ Manifestando-se sobre a regulação que controlava a liberdade de corresponder-se dos internos, a Corte aplicou o *teste da razoabilidade mínima*, alegando ser suficiente qualquer base razoável para escorá-la. Assim, para que a regulação fosse constitucional deveria atender aos seguintes requisitos: a) existência de uma conexão racional e válida entre o *meio* e o *fim* pretendido pelo estado; b) a existência de canais alternativos de comunicação que remanescessem abertos aos internos; c) a existência de impacto substancial do *meio* utilizado na segurança prisional, na liberdade e segurança dos internos, nos recursos das prisões; d) a inexistência de uma alternativa pronta a acomodar o direito dos internos com custos menores para os interesses penalógicos do que o da medida adotada. Percorrendo cada um desses passos, a Corte asseverou que a regulação da correspondência era *facialmente válida e razoável*. A Corte considerou a medida restritiva logicamente relacionada com o *fim* pretendido, este legítimo, dada a alta incidência de *gangs* e quadrilhas entre internos de diferentes instituições, os quais eram separados justamente por isso. Salientou que a correspondência com não internos seguia livre, atingindo a medida apenas uma *classe específica de pessoas*. Ademais, a Corte não encontrou um *meio alternativo* para substituir o adotado, pois o exame carta a carta seria muito lento e custoso ao estado. Mais uma vez, a Corte adotou o posicionamento que ao estado era dado restringir alguns direitos dos internos prisionais com maior margem do que em relação a outras pessoas.

No que tange à exigência de licença prévia para a realização de casamentos, a ser concedida apenas por *compelling reasons*, a Corte afirmou sua inconstitucionalidade, assumindo que o estado impusera um ônus *impermissível* sobre este direito. A medida capitulou diante da aplicação do *teste da*

⁴⁸⁸ Alguns internos prisionais atacaram a constitucionalidade de duas regulações editadas pelo *Missouri Division of Correction*, uma que regulamentava a troca de correspondência entre internos e a outra o casamento de internos. A primeira vedava a correspondência entre internos de instituições diferentes, a menos que fossem parentes *imediatos* ou que as cartas dissessem respeito a questões legais, ou, ainda, que a correspondência fosse trocada entre prisioneiros de boa conduta e com temas de seu *melhor interesse*. A segunda exigia que os internos recebessem uma licença do superintendente da Prisão para contrair matrimônio, licença esta que apenas deveria ser concedida por fortes razões. Na prática, aquela era aplicada de acordo com o parentesco e com as avaliações de conduta e não em consonância com o conteúdo das cartas. Quanto a esta, a licença somente era concedida por gravidez ou nascimento de uma criança. Como razões o estado do Missouri apresentou: a) para a regulação de correspondência: a.1) a dissolução de quadrilhas e a prevenção de crime organizado; a.2) prevenção de fugas e rebeliões em massa; a.3) o combate a crimes de internos; a.4) o aumento da segurança dos prisioneiros e funcionários dos estabelecimentos prisionais; b) para a regulação dos casamentos: b.1) diminuição de brigas e crimes entre internos, por

razoabilidade mínima, já que a Corte não vislumbrou uma conexão entre o *meio* escolhido e o *fim* alegado pelo estado, ou seja, a medida não angariava interesses de política criminal do estado. Ademais, a medida foi tarjada de *hiperinclusiva*, haja vista que restringia o direito do outro nubente, no mais das vezes não interno. Mesmo assim, a Corte admitiu que os estados podiam regular a época e as circunstâncias de realização de cerimônias de casamento em estabelecimentos prisionais ou de seus internos.⁴⁸⁹

3.3.2.3 Relações familiares

Outro setor de aplicação *autônoma* da *doutrina* do devido processo legal substantivo foi a liberdade de tomar decisões em relação à família. O caso mais citado é *Moore v. East Cleveland*⁴⁹⁰ no qual estava em pauta a constitucionalidade de uma lei municipal que regulava a ocupação de unidades habitacionais. Manifestando-se sobre a lei, a pluralidade da Suprema Corte aplicou o *teste da razoabilidade*, acompanhado do *escrutínio estrito* e da necessidade de demonstração de um *compelling interest* pelo município. A Corte reconheceu a existência de constrição a um direito protegido pelo *due process of law*, qual seja, a liberdade de tomar decisões relacionadas à convivência familiar. Ressaltou que, embora os precedentes da Corte versassem sobre este direito entre pais e filhos, *jamaiz* fora sugerido pelas Cortes anteriores que *família* significasse apenas pais e dependentes diretos, excluindo avós, tios e outros parentes. Os *fins* pretendidos pelo município foram avaliados como legítimos, todavia, a Corte não vislumbrou uma relação clara entre eles e o *meio* adotado pelo legislador, afirmando que o *meio* servia marginalmente aos *fins*, possuindo apenas uma tênue ligação com estes, se tanto. A Corte explicou sucintamente o significado da *doutrina* do devido processo legal substantivo, citando o voto do Justice Harlan em *Poe v. Ullman*. Partindo deste ponto, asseverou que a *doutrina* limitava o traçado de linhas arbitrárias quando essas atingissem direitos e valores básicos da sociedade norte-americana. Como a convivência de familiares em uma casa era tradicional, não podia ser obstada por uma lei que conceituava com desarrazoada estreiteza o termo *família*. Os Justices Brennan, Marshall e Blackmun concorreram e,

ocasião da formação de triângulos amorosos; b.2) evitar o intercâmbio entre internos das prisões femininas e masculinas. *Turner v. Safley*. 482 U.S. 78 (1987). Cit.

⁴⁸⁹ *Id.*

⁴⁹⁰ Inez Moore vivia em sua residência com seu filho e dois netos, primos entre si, apenas um deles filho do filho que residia com ela. O outro neto, John, estava sob sua guarda desde que ficara órfão de mãe. De acordo com uma lei municipal, John era um *ocupante ilegal* da residência. Por isso, Inez recebeu uma notificação, ordenando a retirada do menino da casa. Como ela não cumpriu a notificação, foi denunciada, processada e condenada à prisão e ao pagamento de uma multa. Ela atacou a constitucionalidade da lei, pois esta, ao definir que uma unidade habitacional deveria ser ocupada por uma só família, ofertando um conceito estreito e estanque deste termo, privava-a de seu direito *de tomar decisões pessoais, concernentes à sua família*, de modo desarrazoado, em desrespeito ao *substantive due process of law*. O município alegou três motivos justificadores da lei: a) evitar acúmulo populacional em determinados locais; b) prevenir problemas de tráfego e estacionamento; c) evitar ônus financeiro excessivo a escolas de determinadas regiões. *Moore v. East Cleveland*. 431 U.S. 494 (1977). Disponível em: <http://case.law.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=431&invol=464>. Acessado em: 22/05/2001.

em voto bastante severo, atacaram a constitucionalidade da lei, tão desarrazoada que enviava para a prisão uma avó que tomara para si a tarefa de educar o neto órfão. Chamaram a atenção para o teor *elitista* da lei, cognominando-a produto de uma *miopia cultural*, uma vez que a habitação de casas por *famílias expandidas* era uma necessidade entre pessoas com poucos recursos financeiros. O *Justice Stevens* concorreu no resultado, mas fundou seu argumento na livre utilização da propriedade. Quatro *Justices* dissentiram, em três votos. Em um deles, proferido pelo *Justice White*, foi discutido o aspecto substantivo do *due process of law*, e afirmado que as Cortes deveriam ter muita cautela ao aplicar esta *doutrina construída judicialmente*, sem amparo nas histórias de aprovação da Constituição e da Décima Quarta Emenda. Assim, entendeu por demais ampla a concepção do devido processo legal substantivo esposada pela pluralidade.⁴⁹¹

Esta decisão da Suprema Corte causou certa repercussão em virtude da distribuição dos votos. Foi uma decisão apertada, cinco votos contra quatro. Foi apenas um voto de *Minerva* que impediu que uma avó fosse condenada à prisão (cinco dias) e à pena de multa por abrigar em sua casa um neto órfão. Importa frisar, ainda, que *Edward Keynes* classifica o caso *LaFleur* como *relações familiares*, dizendo que o *princípio* que o norteou foi o mesmo daquele verificado em *Moore*.

3.3.2.4 Aborto

Consoante mencionado acima, foi calcada no devido processo legal substantivo que a Corte Maior estadunidense deslindou um dos mais debatidos casos de toda a sua história,⁴⁹² o qual originou uma imbricada e complexa linha de precedentes sobre o tema *aborto*. Tratava-se do afamado *Roe v. Wade*.⁴⁹³ Em voto majoritário, o *Justice Blackmun*, acompanhado por outros seis *Justices*, optou pela inconstitucionalidade da lei texana que proibia a realização de abortos em situações em que não estivesse em risco a vida da gestante. De início, trouxe a lume que o assunto era intensamente polêmico.

⁴⁹¹ Houve um terceiro voto, que não reconheceu o direito protegido pelo *due process of law*, prejudicando, pois, a continuidade da aplicação do *teste da razoabilidade*. Era o voto dos *Justices Stewart* e *Rehnquist*. O *Justice Burger* não adentrou no julgamento da constitucionalidade da lei, recomendando a *autoconstrição*. *Moore v. East Cleveland*. 431 U.S. 494 (1977). Cit.

⁴⁹² Nesse sentido: KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 06; 152-153. DWORKIN, Ronald. *Freedom's...* Op. Cit., p. 44.

⁴⁹³ Havia três litigantes confrontando a constitucionalidade de uma lei do Texas que criminalizava o aborto, prevendo pena de prisão tanto para mulheres que optassem pela prática quanto para os médicos que as auxiliassem: a) Jane Roe, pseudônimo de uma mulher solteira e grávida, que desejava realizar um aborto em condições seguras, mas foi impedida pela existência da lei e a recusa dos médicos em realizar a intervenção. Ela ingressou com uma *class action*, em seu nome e em nome de todas as mulheres que desejavam interromper uma gravidez, alegando que a lei violava seu direito de privacidade e de tomar decisões inteiramente privadas, ferindo o *due process of law* da Décima Quarta Emenda; b) Hallford, um médico, que desejava realizar e aconselhar abortos para algumas de suas pacientes. Ele possuía dois processos pendentes ante as Cortes texanas, nos quais era acusado de realizar abortos; c) O casal Doe, cuja mulher tinha problemas de saúde, e não estava grávida. Como o casal temia que ela ficasse grávida, alegou que a lei violava sua privacidade como um casal, porque se a esposa necessitasse de um aborto no futuro, não poderia fazê-lo. Em nenhum dos três casos houve condenação. A lei excepcionava a interrupção da gestação para salvar a vida da gestante, bem como vedava a saída do estado para a realização

envolvendo *sentimentos* divergentes e plurais, desde ética médica até religião. Como preliminar, excluiu da decisão o médico Hallford e o casal Doe, aquele porque possuía dois processos criminais pendentes, cuja constitucionalidade da lei era questão prejudicial a ambos, e estes porque sua causa era meramente polêmica. Estes litigantes não apresentavam *caso e controvérsia*. A litigante Roe foi mantida, haja vista que a Corte considerou o princípio que exigia *caso e controvérsia*, no momento da decisão, muito rígido para os casos envolvendo gravidez, dada sua curta duração. Após a manifestação sobre a preliminar, a Corte conduziu a averiguação de existência ou não de um direito protegido pelo *due process of law* constringido pela atividade estatal.

Para responder à indagação acerca da existência ou não de um direito de interromper uma gravidez, a Corte apresentou um longo estudo da história *jurídica e médica* do aborto, revisando sua concepção na Antiguidade, na Idade Média, na tradição da *common law* e no evoluir dos Estados Unidos. Houve exame do período de produção das leis criminalizadoras do aborto nos estados norte-americanos, e correlação delas com a Era Vitoriana. Em conclusão, foi dito que a criminalização do aborto nos meses iniciais da gravidez foi um costume iniciado ao final do século XIX, pois antes desse período o feto era compreendido como parte do corpo materno até o primeiro movimento perceptível externamente – primeiro chute. A trajetória de precedentes da Suprema Corte versando sobre o direito de *privacidade*, uma *penumbra* da liberdade tutelada pelo devido processo legal, foi revisitada. A Corte concluiu que o direito de privacidade mostrava-se amplo o suficiente para encampar o direito de decidir levar ou não a termo uma gravidez, e tarjou de flagrante a restrição estatal do direito, se se considerar que a escolha pela gestação e a maternidade alteram substancialmente a vida privada de uma mulher, acarretando-lhe ônus físicos, psicológicos e financeiros; essa escolha afetaria, também, a vida futura da criança, que, indesejada, poderia vivenciar condições psicológicas, físicas e financeiras adversas. Uma vez admitida a presença de um direito sob tutela do *due process of law* constricto, a Corte asseverou que o direito não era absoluto, mas sujeito a regulações razoáveis. Dada a *natureza* do direito, a Corte passou à aplicação do *teste da razoabilidade*, acompanhado do *escrutínio estrito* e do *compelling interest*.⁴⁹⁴

O estado indicou três *fins* a serem atingidos pela lei: a) prevenção de relações sexuais adulterinas e ilícitas; b) proteção da vida e da saúde das gestantes; c) proteção da vida pré-natal. A Corte qualificou-os como *fins* legítimos, mas rechaçou a *tese* apresentada pelo estado que sustentava que os *fetos* eram *pessoas* protegidas pelo devido processo legal da Décima Quarta Emenda. Em razão dos três *fins* pretendidos serem independentes, a Corte julgou a sua relação com o *meio* adotado separadamente.

do aborto. *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: [«http://case.law.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113»](http://case.law.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113) Acessado em: 22/05/2001.

⁴⁹⁴ *Id.*

Quanto ao primeiro, manifestou a inadequação do *meio* para alcançá-lo, uma vez que a lei não fazia distinção entre mulheres casadas e solteiras. No que tange ao segundo, foi asseverado que, ao tempo de edição da lei, as intervenções abortivas contavam com alto índice de mortalidade das gestantes. Mas a Corte demonstrou que este quadro havia se alterado pelo progresso das técnicas médicas e cirúrgicas, e que o aborto realizado até o terceiro mês de gestação possuía taxas mais baixas de mortalidade do que os partos. Dessa forma, o interesse estatal não estaria assegurado com a manutenção da gravidez, e o *meio* escolhido poderia conduzir ao efeito contrário – realização de arriscados abortos clandestinos. Entretanto, a Corte admitiu que o risco à saúde da gestante aumenta à proporção que a gravidez avança. Assim sendo, o interesse estatal em proteger a vida e a saúde da gestante vai crescendo na mesma proporção. A respeito do terceiro, a Corte assinalou que ele representava a adoção de uma teoria sobre quando começa a vida, tema não pertinente a uma Corte de Justiça; entretanto, afirmou que o interesse do estado pela proteção da vida potencial somente adquiria força suficiente para restringir um direito salvaguardado pelo *due process of law* a partir da *viabilidade fetal*, isto é, ao início do terceiro trimestre.

Como encontrou uma gradação nos *finis* do estado, os quais se tornavam mais fortes à medida que os estágios gestacionais evoluíam, a Corte não tarjou o *meio* de todo desarrazoado, recorrendo à sua adequação com a gradação dos interesses estatais. Ou seja, o interesse estatal na vida da gestante atingia o *compelling point* ao término do primeiro trimestre, e o interesse no nascituro atingia este ponto ao término do segundo trimestre de gestação. Com apoio neste argumento, a Corte estatuiu:

- “(a) Para o estágio anterior a aproximadamente o final do primeiro trimestre, a decisão de abortar e sua realização devem ser deixadas a cargo do julgamento do médico da gestante.
- (b) Para o estágio subsequente a aproximadamente o final do primeiro trimestre, o Estado, para promover seu interesse na saúde da mãe, pode, se decidir, regular o procedimento abortivo, com meios razoavelmente relacionados à saúde materna.
- (c) Para o estágio subsequente à viabilidade, o Estado pode, para promover seu interesse na vida humana potencial, se decidir, regular ou até mesmo proibir o aborto, exceto quando este for necessário, de acordo com julgamento médico apropriado, para a preservação da vida e da saúde da mãe.”⁴⁹⁵

Afora as imensas e multifacetárias discussões geradas na sociedade norte-americana pelo posicionamento da Suprema Corte em assunto tão polêmico, este trecho da decisão fomentou inúmeros comentários de juristas, uma vez que nele a Corte praticamente *legislou com generalidade e abstração*,

⁴⁹⁵ *Id.* “(a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman-attending physician. (b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting the interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. (c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother.”

pois estabeleceu padrões a serem obedecidos pelos legislativos estaduais que não eram parte no caso. O voto dissidente foi atroz com relação a esta parte da decisão, intitulada *usurpação de poder pelo Judiciário*.

O *Justice Stewart*, concorrendo, fez apenas afirmações pontuais, chamando a atenção para a importância e para a intimidade do direito feminino de escolher, uma vez que seu cerceamento gera ônus bastante significativos à vida das mulheres. Em vista disso, aduziu que era difícil imaginar um ataque mais frontal a uma liberdade constitucionalmente assegurada pelo devido processo legal do que o da lei texana. Evidenciou que os *finis* do estado eram legítimos, mas não *pesados* a ponto de inviabilizar o exercício de um direito erigido à tutela do *due process of law*.⁴⁹⁶

Em posição de dissidência, o *Justice Rehnquist* disse que *Roe* não apresentara um *caso e controvérsia*, uma vez que sua gravidez se iniciara em 1970, três anos antes da decisão da Corte. Assinalou que *Roe* não possuía direito seu a ser reclamado e que não poderia reclamar em nome de terceiros. Ele admitiu que a liberdade tutelada pelo devido processo legal abarcava outras *não enumeradas*, como a *privacidade*; negou, porém, que esta abraçasse a escolha de interromper uma gravidez. Criticou a aplicação do *escrutínio estrito* e a classificação do aborto como direito sob tutela do devido processo legal, já que não era um interesse tradicional nem essencial a *ordered liberty*. Finalizou acentuando a falta de padrão da Corte na decisão, avaliando sua atuação como legislativa.⁴⁹⁷

Depois de *Roe v. Wade*, um grande contingente de casos versando sobre a constitucionalidade de leis estaduais regulatórias e constritivas do aborto chegaram à Suprema Corte, pois muitos estados passaram a reformular suas legislações sobre a matéria, tanto a fim de adequá-las aos padrões estipulados pela Corte em *Roe*, como para *testar* até que ponto as regulações seriam aceitas pela Corte. Assim, a Corte deu início à complexa tarefa de traçar linhas demarcatórias entre o razoável e o desarrazoado neste campo. A fim de facilitar a exposição, far-se-á a uma divisão primeira: a) exame das leis e atos normativos que afetavam diretamente o direito feminino de escolha; b) exame das leis e atos normativos que afetavam a prática médica e os direitos dos médicos, repercutindo no direito feminino de escolha. Cada uma dessas divisões comportará subdivisões por temas, discutidos em vários casos, em épocas distintas. Neste primeiro momento, examinar-se-á, com muita brevidade, a posição da Suprema Corte quanto a alguns cerceamentos ao direito de escolha da gestante, a saber: a.1) exigência de autorização ou consentimento ou notificação de terceiros para a realização de abortos; a.2) exigência de *consenso informado*; a.3) exigência de *períodos de espera* ou procedimentos dilatórios entre a tomada de decisão e

⁴⁹⁶ *Id.* Voto do *Justice Stewart*.

⁴⁹⁷ *Id.* Voto do *Justice Rehnquist*.

a realização do aborto; a.4) exigência de assinatura de um termo de autorização do aborto; a.5) necessidade de internação hospitalar para a realização de abortos; a.6) proibição da realização de abortos em hospitais, clínicas e facilidades públicas, ou de utilização de fundos e de funcionários públicos na prática.

No que diz respeito à exigência de autorização, consentimento ou notificação de terceiros para a realização de abortos (a.1), a Suprema Corte buscou diferenciar os casos em que essa exigência representava uma condição absoluta, *sine qua* para a realização da prática, daquelas que simplesmente determinavam a ciência por terceiros. Quando o regramento pertencia ao primeiro grupo, não era reputado constitucional, porque era similar à concessão de poder de veto ao exercício do direito feminino, ônus considerado excessivo após a aplicação do *compelling interest test*.⁴⁹⁸ Nesses casos, nem mesmo a necessidade de consentimento prévio dos pais ou responsáveis de gestantes bastante jovens* foi reputado constitucional, pois a presunção de imaturidade irrefutável determinada por idade específica não era razoável, já que poderia atingir tanto *meninas* maduras como imaturas. Entretanto, quando era exigido apenas o aviso de um parente ou responsável, sem possibilidade de o noticiado obliterar completamente o direito feminino de escolha, ou quando havia previsão de procedimentos judiciais para a verificação do grau de maturidade de gestantes menores para a tomada de decisão, caso a gestação já estivesse no segundo trimestre, a Corte entendia que o *grau* de privação era adequado ao *fim* almejado pelo estado: proteção das adolescentes.⁴⁹⁹

Quanto à exigência de *consenso informado* (a.2), a Suprema Corte intentou traçar a linha distintiva entre leis que estipulavam um estímulo à efetiva conscientização da gestante daquelas que instituíam programas que, atrás do rótulo de *consenso informado*, visavam coagir ou conduzir a decisão da gestante, levando-a a desistir de interromper a gravidez. As primeiras eram tomadas por constitucionais, ao passo que as últimas eram cognominadas de *antítese de consenso informado*, por não determinarem o repasse de informações, mas de preconceitos, falsos alarmes e, até mesmo, concepções

⁴⁹⁸ Esta situação apresentou-se em três casos; dois envolvendo *adolescentes* e um envolvendo mulheres casadas (vênia marital). Cada um deles guarda, por evidente, certas peculiaridades e distinções, mas a linha mestra das decisões e a forma de aplicação do *substantive due process of law* utilizadas foram as mesmas. Cf. *Planned Parenthood v. Danforth*. 428 U.S. 52 (1976). Disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/get_case.pl.court=us&vol=428&invol=52 Acessado em: 22/05/2001. *Bellotti v. Baird*. 443 U.S. 622. (1979). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=443&invol=622> Acessado em: 22/05/2001. *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*. 462 U.S. 416 (1983). Disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/get_case.pl.court=us&vol=462&invol=416 Acessado em: 22/05/2001.

* A idade para que uma pessoa recaia nesta categoria varia de estado para estado dos EUA. Em alguns casos, era estipulada em 15 anos, noutros, 18.

⁴⁹⁹ Cf. *Planned Parenthood Association of Kansas City v. Ashcroft*. 462 U.S. 476 (1983). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=462&invol=476> Acessado em: 22/05/2001. *H.L. v. Matheson*. 450 U.S. 398. (1981). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=450&invol=398> Acessado em: 22/05/01.

morais ou religiosas.⁵⁰⁰ No que tange à necessidade de transcurso de um prazo dilatatório entre a decisão pelo aborto e a realização da intervenção (a.3), a Corte tomou dois posicionamentos, distinguindo situações. Quando o período era estipulado como forma de *consenso informado*, a Corte optou pela inconstitucionalidade, haja vista não ter o editor da medida provado a relação de causalidade entre o transcurso temporal e a informação da gestante, negando, também, que o lapso estivesse relacionado com a saúde e segurança das grávidas.⁵⁰¹ Porém, quando o período dilatatório era estipulado para adolescentes, a Corte considerou-o *meio* adequado para assegurar que a decisão da adolescente fosse inteligente e decisiva.⁵⁰² Todavia, a exigência da assinatura de um termo formal de consentimento assecuratório da presença de *vontade livre* e de inexistência de *coação* (a.4) foi reputada constitucional, pois esse termo não representava óbice à escolha da gestante e era hábil a atingir um *fim* estatal importante, qual seja, proteção do estado, de médicos, clínicas e hospitais contra eventuais acusações ou reclamações.⁵⁰³

Em relação às leis que determinavam a realização de abortos em estabelecimentos hospitalares após a décima segunda semana de gestação (a.5), com o *fim* declarado de salvaguardar a saúde das gestantes, a Suprema Corte, ancorada em informações médicas, disse-as impositivas de um *ônus excessivo* no direito feminino de escolha, sem existência de efetiva promoção de um *compelling interest*. Isto é, a internação impunha ônus financeiros e temporais sem comprovação de que fosse apta a resguardar a saúde das gestantes, haja vista que associações médicas consideravam clínicas tão ou mais seguras que hospitais, dependendo do quadro clínico da paciente.⁵⁰⁴ Quanto à lei estadual que vedava a utilização de estabelecimentos, fundos e funcionários públicos para a realização de abortos ou mesmo para programas de *consenso informado* (a.6), a Corte considerou-a constitucional, salientando que o *due process of law* não concede direitos *afirmativos* de auxílio governamental, mas age tão-somente na tutela da *liberdade*, da *vida* e da *propriedade*, assegurando a não-intrusão indevida do estado.⁵⁰⁵

⁵⁰⁰ Cf. *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*. 462 U.S. 416. (1983). Cit. *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*. 476 U.S. 747. (1986). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=428&invol=52>» Acessado em: 22/05/01.

⁵⁰¹ Cf. *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*. 462 U.S. 416 (1983). Cit.

⁵⁰² Anote-se que, neste caso, havia procedimentos de *consentimento informado*, que culminavam no prazo dilatatório, ao passo que no outro, o próprio lapso era considerado *consenso informado*. Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 191. corpo de texto e nota nº38, referindo-se ao caso *Hodgson v. Minnesota*.

⁵⁰³ Cf. *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*. 428 U.S. 52. (1976). Cit.

⁵⁰⁴ *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*. 462 U.S. 416. (1983). Cit. *Planned Parenthood Ass. v. Ascroft*. 462 U.S. 476 (1983). Cit.

⁵⁰⁵ Esta decisão foi pronunciada em *Webster v. Reproductive Health Services*. Muitos autores cognominam-na um *passo conservador* da Suprema Corte estadunidense rumo à derrocada paulatina de *Roe v. Wade*. Outros, porém, dizem que este posicionamento não afrontou *Roe v. Wade*, pois versavam sobre questões distinguíveis. Cabe lembrar que a Constituição dos Estados Unidos não abarca em seu corpo e em suas Emendas os chamados *direitos de segunda e terceira dimensões*. Alguns desses são reconhecidos judicialmente, tanto pela Suprema Corte como pelas Cortes inferiores, outros pelos legislativos estaduais e nacionais e, ainda outros, não são reconhecidos. Todavia, tais reconhecimentos poucas vezes interferem em contendas constitucionais, restringindo-se mormente ao campo infraconstitucional. Quanto à decisão da Corte, convém ventilar que houve quatro votos em dissidência, que não aceitavam a proibição do uso do aparato estatal, dos fundos e do pessoal públicos, dada a discriminação entre ricos e pobres feitas por essas regulações e dada a larga

Nesses casos ora mencionados, a Suprema Corte adentrou na árdua tarefa de distinguir entre leis que impunham regulações razoáveis ao exercício do direito feminino de optar por um aborto – protegendo tanto a saúde e segurança das gestantes quanto a vida potencial – de leis produzidas com escopo de obstruir o exercício do direito, seja pela imposição de ônus financeiros e temporais, pela transferência do direito de escolha a terceiros, ou mesmo pela negação de facilidades públicas. Entretanto, as manifestações da Corte eram bastante fragmentadas, não havendo uma coesão entre os *Justices*, inexistindo também um critério único quanto aos padrões de aplicação da *doutrina* do substantivo devido processo legal. Em alguns casos a Corte lançava mão do *escrutínio estrito*, noutros não; em alguns exigia um *compelling interest*, noutros não; em determinados casos aplicava o *ônus excessivo*, noutros não.⁵⁰⁶

Consoante alinhavado supra – *alínea b* – a Corte Máxima dos Estados Unidos teve de se manifestar sobre regulações à prática e à profissão médicas, em função de os estados terem passado a regulá-las, objetivando atingir o direito assegurado inicialmente em *Roe v. Wade*. Isto quer dizer que os estados, não conseguindo restringir o direito a um aborto diretamente, buscaram atacá-lo indiretamente, pela via da regulação das atividades médicas e de seus profissionais. Assim sendo, a Corte viu-se diante da tarefa de distinguir entre medidas que eram efetivamente destinadas a aprimorar a segurança das intervenções abortivas – ligadas aos interesses da gestante e dos médicos – daquelas que intentavam criar *excessivos ônus* ou mesmo obstaculizar a realização de abortos. Neste segundo momento, examinar-se-á, sinteticamente, a posição da Suprema Corte quanto a alguns cerceamentos ao direito dos médicos de informarem suas pacientes e exercerem sua profissão de acordo com seus conhecimentos, a saber: b.1) exigência da prescrição e da realização de abortos apenas por médicos regularmente licenciados; b.2) previsão da suspensão ou revogação de licenças médicas para profissionais que realizassem abortos não terapêuticos; b.3) estabelecimento de informações a serem transmitidas à paciente; b.4) exigência da redação de relatório de cada aborto realizado; b.5) exigência de *cuidados* específicos para a preservação da vida fetal; b.6) regulação das técnicas a serem empregadas nos procedimentos abortivos; b.7) verificação da viabilidade fetal.

abrangência das redações das normas, que poderiam levar a interpretação de que qualquer participação pública em um estabelecimento hospitalar teria o condão de retirá-lo do *rol* de hospitais habilitados à realização de abortos. Assim, por exemplo, um hospital que recebesse isenção do pagamento de algum tributo ou de taxas de iluminação, água ou esgoto estaria descredenciado para a *performance* de intervenções abortivas que não configurassem abortos terapêuticos. Além disso, é oportuno esclarecer que a Corte estadual havia recusado a constitucionalidade da medida, baseando-se na linha de precedentes da Suprema Corte sobre o aborto e alegando que a proibição imprimia um ônus excessivo à gestante que procurava um aborto no estado do Missouri. *Webster v. Reproductive Health Services*. 492 U.S. 490 (1989). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=492&invol=490>» Acessado em: 22/05/01. Para maiores informações sobre este caso e para comentários abalizados, vide: DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*. Op. Cit. p. 44 e ss. TRIBE, Laurence H. *On reading...* Op. Cit., p. 50, 56, 85.

⁵⁰⁶ Para um exame acurado dos padrões utilizados pela Suprema Corte, das linhas demarcatórias que traçou e realização de comentários e críticas acerca da atuação da Corte nesses casos versando sobre aborto, vide: DWORKIN, Ronald. *Freedom's...* Op. Cit. Capítulo I, p. 39-130; e KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 186-209.

A exigência de realização de abortos apenas por médicos regularmente licenciados (*b.1*) foi reputada constitucional, pois havia conexão entre o *meio* escolhido e o *fim* pretendido: resguardo da saúde feminina. A Corte atingiu esta conclusão sem recurso ao *escrutínio estrito* ou ao *compelling interest*, aplicando o *teste da razoabilidade mínima*.⁵⁰⁷ Já a previsão de revogação ou suspensão de licenças dos médicos que efetuassem abortos não terapêuticos* durante o primeiro trimestre gestacional (*b.2*) foi considerada um *ônus excessivo* ao direito feminino, sem representar um avanço no interesse estatal de assegurar a saúde das gestantes. Foi reputada, também, como obstáculo excessivo ao exercício da prática médica.⁵⁰⁸

Algumas leis que estipulavam a necessidade de *consenso informado* como condicionante à realização de um aborto estabeleciam um *rol* rígido de informações a serem repassadas pelos médicos às pacientes (*b.3*), determinando, também, a entrega de informativos impressos, cujo conteúdo era predeterminado. Quando avaliadas sob o prisma do direito feminino de escolha, essas leis capitularam por não prezarem pela conscientização das mulheres, mas pela condução de sua escolha. Sob o prisma dos direitos dos profissionais da saúde, tais leis também receberam a tarja de inconstitucionalidade, em atenção à liberdade de expressão dos médicos e da privacidade da relação médico-paciente, aquela destruída frente a informações que poderiam ser opostas às recomendações que o médico julgasse mais adequadas à questão.⁵⁰⁹

Acerca das leis que exigiam a redação de um relatório contendo variadas informações sobre cada intervenção abortiva realizada (*b.4*), a Suprema Corte tomou dois rumos distintos, variáveis de acordo com as estipulações legais. Como os relatórios eram exigidos com a finalidade de facilitar pesquisas e produção de estatísticas sobre o aborto, promovendo a evolução científica e a maior segurança das mulheres, a Corte aceitou a legitimidade do *fim* pretendido, entendendo haver conexão adequada entre *meios* e *fins*.⁵¹⁰ Todavia, recusou-se a acatar como constitucionais normas que estipulavam, como elementos a serem apostos no relatório, dados de identificação da gestante, uma vez que o acesso do público a esses documentos poderia causar embaraço, discriminação e exposição das gestantes que

⁵⁰⁷ Esta manifestação ocorreu no caso *Connecticut v. Menillo*. 423 U.S.9. (1975). Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p.193, corpo de texto e nota nº41.

A expressão refere-se unicamente a abortos realizados com o escopo de salvar a vida da gestante.

⁵⁰⁸ Esta manifestação deu-se no caso *Rosen v. Louisiana State Board of Medical Examiners*. Anota-se que a *Circuit Court* acatou como constitucional esta medida quando se referia a abortos realizados após o transcurso do primeiro trimestre de gestação. Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 193, nota nº 40.

⁵⁰⁹ Cf. *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*. 462 U.S. 416 (1983). Cit. *Thornburgh v. American Col. of Obst. & Gyn.* 476 U.S. 747 (1986). Cit.

⁵¹⁰ Cf. *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*. 428 U.S. 52 (1976). Cit.; *Planned Parenthood Ass. v. Ashcroft*. 462 U.S. 476 (1983). Cit.

optassem por um aborto, criando, dessa forma, excessivos obstáculos ao exercício do direito. Ademais, havia ferimento da *privacidade* da relação médico-paciente.⁵¹¹

Algumas leis fixavam procedimentos e exigiam dos médicos certos cuidados destinados a salvar a vida do feto nas intervenções abortivas (*b.5*). Aquelas que exigiam certos *cuidados* foram reputadas inconstitucionais, já que uma criminalizava e tornava passível de ação por perdas e danos os médicos que falhasse no *cuidado profissional* com o feto sem sequer restringir-se ao período de viabilidade, impondo, assim, ônus inexecutável a esses profissionais da saúde,⁵¹² outra exigia que ao feto fosse despendido tratamento *humano e sanitário*, não definindo o alcance e sentido desses termos,⁵¹³ e outra exigia que o médico aplicasse a técnica cirúrgica mais adequada a manter vivo o feto, caso viável, compelindo-o, por implicação, a optar pela vida fetal quando em choque com a materna.⁵¹⁴ Todavia, a Corte não considerou inconstitucional a exigência de um segundo médico, em abortos de fetos viáveis, com a incumbência de zelar pela vida do nascituro.⁵¹⁵

Certa lei regulatória do aborto proibiu uma técnica abortiva, permitindo outras, após a décima segunda semana (*b.6*). A técnica proibida era considerada segura, acessível e disponível no estado. As outras técnicas eram dispendiosas e não disponíveis, e nem sempre adequadas ao quadro clínico da paciente. O estado alegou como *fim* a proteção da saúde feminina. A Suprema Corte reputou *plenamente* inconstitucional a medida, uma vez que interferia na discricionariedade médica sem atingir o escopo proposto (*fim*), pois as técnicas permitidas poderiam ser menos seguras que a prosrita em certos casos. Além disso, a Corte descortinou um *fim* estatal ilegítimo, escondido sob o manto da legitimidade da proteção da saúde feminina: o de impedir que a vasta maioria dos abortos pós-décima segunda semana fossem realizados, pela vedação do método mais comum, disponível e acessível.⁵¹⁶ Quanto à lei que estabelecia a necessidade de determinação da idade gestacional e da viabilidade fetal antes da intervenção abortiva em gestações de mais de vinte semanas (*b.7*), a Corte reputou-a constitucional, apesar de suavizar a rigidez da regra trimestral formulada em *Roe v. Wade*.⁵¹⁷

⁵¹¹ Cf. *Thornburgh v. American Col. of Obst. & Gyn.* 476 U.S. 747 (1986). Cit. *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*. 428 U.S. 476 (1983). Cit.

⁵¹² Cf. *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*. 428 U.S. 476 (1983). Cit.

⁵¹³ Cf. *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*. 462 U.S. 416 (1983). Cit.

⁵¹⁴ Cf. *Thornburgh v. American Col. of Obst. & Gyn.* 476 U.S. 747 (1986). Cit.

⁵¹⁵ Anota-se que a lei excepcionava situações emergenciais. Onde não havia esta previsão, a Corte optou pela inconstitucionalidade. Cf. *Thornburgh v. American Col. of Obst. & Gyn.* 476 U.S. 747 (1986). Cit. *Planned Parenthood Ass. v. Ashcroft*. 462 U.S. 476 (1983). Cit.

⁵¹⁶ Cf. *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*. 428 U.S. 476 (1983). Cit.

⁵¹⁷ Na *opinion* majoritária foi dito que a linha de raciocínio assumida neste caso derrubava a estatuição trimestral elaborada pela Corte em *Roe v. Wade*, iniciando a quebra deste precedente. *Justice* O'Connor, entretantes, asseverou em seu voto concorrente que não havia um choque entre essa regulação e a estatuição trimestral de *Roe*, explicando que esta seção visava apenas certificar caso a caso se o feto era ou não viável, ou seja, se a gestação já havia atingido o estágio em que o estado poderia proibir absolutamente sua interrupção. A maioria da Corte disse, também, que o custo adicional

Quando decidiu *Webster v. Reproductive Health Services*, caso no qual a Corte acatou a constitucionalidade da proibição de utilização de fundos, estabelecimentos e funcionários públicos para a realização de abortos e aceitou a exigência de exames para determinar a idade gestacional e a viabilidade fetal, a maioria da Suprema Corte apresentou um confronto entre este caso e *Roe*, mas distinguiu um do outro. Todavia, alertou que, se fossem idênticos, *Roe* teria capitulado. Esta afirmação intensificou o forte debate travado na sociedade norte-americana sobre o tema, reacendendo a atuação dos antagônicos grupos *pro-life* e *pro-choice*. Dois fatores somaram-se a esta afirmação e auxiliaram o crescimento da idéia de que *Roe estava em perigo*.⁵¹⁸ Primeiro, na década de 1980, a Corte havia se mostrado mais conivente com as regulações estatais que restringiam o direito assegurado em *Roe*. Segundo, porque em 1986 a Corte decidira *Bowers v. Hardwick*, caso no qual recusou proteção constitucional ao alegado direito de tomar decisões concernentes a determinadas atividades sexuais.* Tanto o primeiro quanto o segundo pareciam representar indícios de uma contração do alcance do direito de *privacidade*, que poderia levar à derrubada de *Roe*. Em 1992, com o deslinde de *Casey* ter-se-ia conhecimento da postura da Suprema Corte em relação à manutenção ou não de *Roe v. Wade*. *Casey* dirimiu a dúvida sobre o *perigo enfrentado por Roe*. Acompanhe-se o rumo decisório da Suprema Corte:

No caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁵¹⁹ não estavam em debate provisões legais muito dissimilares das anteriormente deslindadas pela Corte nos casos em que a constitucionalidade das regulações do aborto estava em jogo. Um dos motivos que impulsionou a Corte a manifestar-se em *Casey* foi justamente a dúvida que pairava em torno da questão constitucional fundamental decidida em *Roe*, qual seja, o direito *preferencial* de escolher entre ter um filho ou pôr termo a uma gestação. De pronto, os três *Justices* que proferiram a *opinion* da Corte reafirmaram três pontos de *Roe v. Wade*, em consideração aos princípios de *integridade institucional*, à regra do *stare decisis* e à necessidade de ofertar guia seguro para as Cortes estaduais.: a) o reconhecimento da proteção pelo *due process of law* do direito feminino de optar por um aborto antes da viabilidade fetal e de obtê-lo sem a indevida interferência do estado; b) o poder dos estados de proibir e restringir o direito após a viabilidade

desses exames não se constituía em um ônus excessivo ao direito da gestante. Para alguns comentadores, a decisão majoritária nesta seção mostrava-se, assim como na estudada na nota anterior, mais *um passo* à derrocada de *Roe*. *Webster v. Reproductive Health Services*. 492 U.S. 490 (1989). Vide ainda: DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**. Op. Cit.; p.117 e ss.

⁵¹⁸ A expressão *Roe in danger* é utilizada por Ronald Dworkin, para intitular um artigo versando sobre a possível derrubada de *Roe*, após a decisão de *Webster*. DWORKIN, Ronald. **Freedom's...** Op. Cit., p. 44.

* Vide infra, neste capítulo, subitem 3.3.2.5.

⁵¹⁹ Tratava-se de uma lei da Pensilvânia que regulamentava intensamente a realização de aborto. Dentre as regulações, destacam-se: a) vênua marital para gestantes casadas; b) autorização dos pais, substituível por judicial, para gestantes menores; c) programa de consenso informado; d) período dilatório de 24 horas entre a tomada da decisão e a intervenção abortiva. A lei excetuava de seus ditames as emergências médicas. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*. 112 U.S. 2791 (1992). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=492&invol=490>» Acessado em: 22/05/2001.

fetal; c) o princípio de que os estados têm interesses legítimos, à medida que progride a gestação, na saúde da mulher e na vida do feto. A seguir, foram detalhados os fundamentos de *Roe* e explicitados um a um os motivos da aderência a este precedente. Apesar disso, a Corte rejeitou a *construção* da regra trimestral rígida feita em *Roe*, explicando que a saúde feminina e a viabilidade continuariam a ser o guia para a possibilidade de regulações e até mesmo proibições, mas não com a rigidez de datas pré-estipuladas e sim com a manifestação dos médicos sobre os riscos à saúde feminina e sobre a viabilidade fetal. A Corte aduziu, ainda, que a forma de acomodação do interesse estatal na preservação da vida potencial e o direito reconhecido deveriam ser o *standard* do *ônus excessivo*, reconhecendo-se a presença desse *ônus* sempre que o seu propósito ou efeito fosse colocar obstáculos substanciais na decisão feminina de procurar um aborto antes da viabilidade fetal.

No que diz respeito às provisões da lei da Pensilvânia, a Corte determinou a:

- a) Inconstitucionalidade da exigência de consentimento marital, por impor um *ônus excessivo* à escolha feminina e por incorporar a visão de casamento da *common law*, que impunha um *status* de dependência à mulher casada. Segundo a Corte, essa noção do casamento e da natureza dos direitos constitucionalmente assegurados era repugnante nos dias de hoje;
- b) Constitucionalidade do requerimento de consentimento de um dos pais, passível de substituição por manifestação judicial, para adolescentes que optassem pelo aborto. A Corte apontou os mesmos motivos expostos em *Akron*;
- c) Constitucionalidade da provisão que excetuava as emergências médicas dos ditames da lei regulamentadora do aborto, pois demonstrava a legítima preocupação do estado em assegurar que as regulações do aborto não significariam um risco para a vida e a saúde das gestantes;
- d) Constitucionalidade da exigência de consenso informado, uma vez que o *tipo* de informação requerida não interferia na liberdade de expressão do médico, na privacidade da relação médico-paciente, como não induzia nem coagia a mulher a escolher ter o filho. A necessidade de *consenso informado* não foi, pois, reputada *ônus indevido*;
- e) Constitucionalidade do período de espera de vinte e quatro horas entre a tomada da decisão e a realização do aborto. Segundo a Corte, este lapso, apesar de aumentar os custos e trazer alguma inconveniência, não se constituía em um *ônus excessivo* ao direito.

Impende informar, por fim, que essas decisões sobre a temática do aborto seguem gerando grandiosas e *apaixonadas* refregas na sociedade norte-americana. São inúmeros estudos, livros, filmes, organizações construídos a partir da e para a polêmica. Diante deste cenário, várias propostas de Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América foram propostas, a maior parte delas com o intento de *negar* a existência de um direito feminino de optar por um aborto, operando, por consequência, uma reversão na linha decisória assumida pela Suprema Corte desde os primeiros anos da década de 1970. É particularmente interessante apontar que o Congresso norte-americano recusou a aprovação de qualquer dessas Emendas, não permitindo sequer a caminhada ratificatória das propostas. Desse modo, a Corte não

tem sustentado sozinha e de modo isolado a existência de um direito constitucionalmente protegido, englobado pelo *princípio da privacidade*, de pôr fim a uma gravidez antes de seu termo. Louis Fisher, comentando esta questão, denomina-a *diálogo constitucional*, no qual dois poderes de Estado *constróem* a Constituição em consonância, um afirmando o posicionamento do outro. Diz, ainda, que tal situação demonstra que nem sempre são as Cortes que detêm a *última palavra* sobre questões constitucionais, mas que elas compartilham esta responsabilidade com os outros dois poderes.⁵²⁰

3.3.2.5 Relações homossexuais

O caso *Bowers v. Hardwick*⁵²¹ versou sobre uma questão quase tão polêmica quanto a do aborto: o direito de empreender escolhas relativas à sexualidade. A decisão da Corte neste caso, por cinco votos contra quatro, foi essencialmente controvertida, objeto de pesadas críticas e acusações de rompimento com uma linha inteira de precedentes sobre o direito de *privacidade* e de contaminação pelo *subjetivismo* e homofobia de alguns *Justices*. A *opinion* da pluralidade foi lavrada pelo *Justice White*. Examinando a constitucionalidade da lei, ele categorizou os precedentes da Suprema Corte versando sobre o direito de *privacidade*, dizendo-os relacionados com casamento, decisões familiares, procriação, contracepção e aborto. Admitiu a existência de pequena base textual na Constituição para tais direitos, mas negou que qualquer uma dessas categorias abrangesse a sodomia homossexual. Neste rumo de tirocinio, pôs como questão inicial do caso a existência, de acordo com a Constituição, de um direito resguardado pelo *due process of law* de prática de sodomia pelos homossexuais. Explicando que a classificação de um direito como tutela pelo devido processo legal – se não estivesse insculpido explicitamente na Constituição – pelas Cortes de Justiça se daria quando o direito fosse profundamente enraizado nas tradições da Nação ou quando fosse implícito ao conceito de *ordered liberty*, o *Justice White* negou que a sodomia homossexual preenchesse qualquer um desses requisitos. Frisando a não-fundamentabilidade do direito alegado, ele afirmou que o Judiciário deveria resistir à expansão do alcance do *devido processo legal*

⁵²⁰ Cf. FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. New Jersey: Princeton University Press, 1988, especialmente as páginas 39-40; 104; 206. Frisa-se que esta é uma conclusão global de Fisher.

⁵²¹ *Hardwick*, um homossexual residente na Geórgia, foi acusado por violar uma lei do estado que tornava crime a sodomia, posto havê-la cometido com outro adulto, em relação consentida, no quarto de sua casa. Após uma audiência preliminar, o Promotor de Justiça decidiu não oferecer denúncia, condicionando a oferta ao surgimento de novas evidências. *Hardwick* questionou a constitucionalidade da lei, apresentando diversos fundamentos, dentre eles a *destruição* de seu direito de *privacidade*, em clara violação ao *substantivo devido processo legal*. Buscou comprovar a existência de um *caso* através da assunção de ser homossexual praticante, situação que o punha em perigo iminente de prisão. A Suprema Corte da Geórgia optou pela inconstitucionalidade da lei, motivando seu arrazoado na linha de precedentes formadas por *Griswold v. Connecticut*, *Eisenstad v. Baird*, *Stanley v. Georgia* e *Roe v. Wade*. Para tal, exigiu do estado a comprovação de um *compelling interest* e da inexistência de um meio menos intrusivo no direito de *privacidade*. A lei em tela previa pena de prisão de um a vinte anos. *Bowers v. Hardwick*. 478 U.S. 186 (1986). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=478&invol=186> Acessado em: 22/05/2001.

para cobrir novos direitos pois, se não o fizesse, poderia tomar para si o governo de todo o país, sem autorização constitucional. Embasando esse argumento, o *Justice White* elencou os diversos estados norte-americanos que criminalizavam a sodomia homossexual, apontando-os como sendo a maior parte. O caso foi considerado distinto de *Stanley v. Georgia*, sendo refutada a premissa de que, se o ato fosse realizado na privacidade do lar, estaria imune à regulação estatal. Uma vez negada a guarida do *due process of law* à conduta, frustrados restaram os demais passos do *teste da razoabilidade*.⁵²² Em voto concorrente, o *Chief Justice Burger* esclareceu a inexistência, em termos constitucionais, de um direito à sodomia homossexual nos termos *genéricos vida, propriedade e liberdade* protegidos pela cláusula *due process of law*, recorrendo a um longo histórico de criminalização da prática e demonstrando a impossibilidade de extrair este interesse do *direito natural*, do *direito divino* ou dos direitos advindos da cidadania. *Justice Powell*, concorrendo, negou que a sodomia homossexual constituísse direito protegido pelo *due process of law*, mas avisou que consideraria a lei inconstitucional com base na Oitava Emenda, se estivesse presente esta questão.⁵²³

Em forte voto dissidente, lavrado por *Justice Blackmun*, reuniram-se quatro *Justices*. Em um primeiro momento, foi apontada uma distorção da maioria da Corte ao formular a questão do caso, pois, segundo estes *Justices*, não se tratava de um direito sob tutela do *due process of law* à sodomia, assim como os casos anteriormente decididos não versavam sobre o direito salvaguardado pelo devido processo legal de assistir a filmes obscenos e assim sucessivamente. O direito em questão era o direito de *ficar só* e de *tomar decisões concernentes a condutas íntimas e privadas*, estes profundamente valorados na tradição constitucional norte-americana. Foram criticados os argumentos calcados na história de criminalização da prática e no fato de muitos estados a proibirem, pois nem um nem outro atestava a constitucionalidade ou não de uma determinada lei. Foi alvo de crítica, também, o excessivo foco que a maioria da Corte concedeu à sodomia *homossexual*, diante de um texto legal que proibia genericamente a sodomia, sem distinguir a homo da heterossexual. Isso ensejava a inferência de que o estado costumava

⁵²² Hardwick havia alegado que, mesmo que seu interesse não fosse reputado como direito protegido pelo devido processo legal, deveria existir uma base razoável para lei. Atacando-a pela inexistência dessa base, ele argumentou que a lei era desarrazoada porque exprimia um julgamento *moral* da maioria do eleitorado da Geórgia acerca da homossexualidade. A Corte refutou peremptoriamente esta linha de pensamento, dizendo que havia muitas situações em que se apresentavam interseções entre a lei e a moral, e que se o substantivo devido processo legal fosse tomado como um limite a esta intersecção, as Cortes ficariam abarrotadas. Consoante a Corte, o argumento de que uma lei se fundava na moral majoritária não constituía fundamento para sua inconstitucionalização pelo substantivo devido processo legal. *Bowers v. Hardwick*. 478 U.S. 186 (1986) Cit.

⁵²³ A Oitava Emenda à Constituição veda a imposição de penas desproporcionais ao crime cometido. Interessa trazer à baila que *Justice Powell* não se recusou a decidir o caso com base na Oitava Emenda pelo fato de os litigantes não a terem ventilado ou argüido. De acordo com ampla jurisprudência da Corte, se a argumentação de um litigante não for plausível ou sua tese de inconstitucionalidade não for acatada, a Corte pode, mesmo assim, optar pela inconstitucionalidade da lei com base em seus próprios argumentos. Isto é, uma má *argumentação* não prejudica de pronto a questão constitucional, nem vincula a Suprema Corte. A recusa de *Justice Powell* aqui é explicada pela inexistência de *caso e controvérsia* envolvendo a

executar a lei com *mão desigual*, apenas quando homossexuais estivessem envolvidos, oferecendo espaço para uma argumentação baseada na *igual proteção*. Entretanto, os *Justices* dissidentes preferiram não adentrar neste argumento, restringindo-se a argumentar através do substantivo devido processo legal. Aplicando o *teste da razoabilidade*, reconheceram que havia constrição de um *direito não enumerado* protegido pelo devido processo legal, o direito de *privacidade*, que, como *princípio*, engloba a capacidade de um indivíduo regular a natureza de suas relações íntimas. A privacidade do lar também foi tomada por violada, sendo considerado um sofisma a distinção entre este caso e *Stanley*. Dos *finis* apontados pelo estado para a edição da lei, um foi tomado por não provado – prevenção de doenças e de crimes sexuais – e o outro, manutenção da decência na sociedade – foi reputado como não ligado ao *meio* escolhido pelo legislador, uma vez que a lei atingia condutas sexuais realizadas em locais *adequados* e sem prejuízo de terceiros. Assim, o *meio* escolhido refletia a intolerância religiosa, a inconformidade, a animosidade para com determinadas condutas, a determinação do *certo* e do *errado* na moralidade privada, todos motivos inábeis a justificar uma privação de direitos sob resguardo do *due process of law*, conforme a própria Corte salientara em *Wisconsin v. Yoder*.⁵²⁴

3.3.2.5 Morte digna

Mais um campo bastante polêmico de atuação da *doutrina* do substantivo devido processo legal apresentou-se na discussão da constitucionalidade das leis regulamentadoras do desligamento de aparelhos que mantêm a vida de um paciente sem ocorrência de morte cerebral. Aqui, a Corte debateu a existência de um direito de recusar tratamento médico e se o direito de *privacidade* seria amplo o suficiente para abarcar a escolha pelo desligamento ou não dos aparelhos. Deslindando este delicado tema, em *Cruzan v. Director, MHD*,⁵²⁵ a Suprema Corte, preambularmente, delimitou com precisão a

Oitava Emenda, uma vez que Hardwick não havia sido processado, julgado nem condenado. Portanto não havia imposição de pena. *Id.* Voto de Justice Powell.

⁵²⁴ *Id.* Voto de Justice Blackmun.

⁵²⁵ Nancy Cruzan sofreu um acidente automobilístico e, como consequência, ficou em estado vegetativo, considerado irreversível. Ela permaneceu sete anos neste estado, sem reflexos motores e sem função cognitiva, mas viva, pois seu organismo mantinha a respiração e a circulação autonomamente. Ela era alimentada e hidratada artificialmente, meio pelo qual os médicos mantinham seu *status quo*. Consoante pareceres médicos, não havia chance de reversibilidade de seu quadro, mas, se fossem mantidas a hidratação e a nutrição artificiais, ela poderia viver por mais trinta anos. Os pais de Nancy solicitaram aos médicos e funcionários do hospital a suspensão da nutrição e da hidratação artificiais. Como Nancy faleceria, os funcionários e médicos se recusaram a suspender o tratamento, a menos que houvesse uma ordem judicial autorizativa. Em busca da autorização, os pais de Nancy recorreram ao Judiciário. A Suprema Corte estadual não concedeu a autorização, pois não entendeu que o casal houvesse suprido a prova exigida pela lei do Missouri. A lei, intitulada *Living Will Statute*, exigia, para a situação, uma prova clara e convincente da manifestação de vontade da pessoa, quando capaz, de não ser mantida viva em determinadas condições. No processo, fora apresentado um depoimento de uma companheira de quarto de Nancy, que afirmou ter conversado seriamente com ela sobre este tema um ano antes do acidente, e ela lhe dissera com convicção que preferiria morrer, caso estivesse em tão precárias condições. Dada a negativa das Cortes estaduais, os pais de Nancy argüíram a inconstitucionalidade da lei, pois o padrão de prova exigido inviabilizava o exercício do direito protegido pelo *due process of law* de recusar tratamento médico e o direito de privacidade. O estado motivou a lei na proteção do direito à vida e dos interesses de Nancy, então incapaz de tomar decisões por si só. *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*. 497 U.S.

esfera de sua decisão, afirmando que as discussões sobre *vida, qualidade de vida*, entre outras, não eram a pauta, formulando a questão constitucional a ser respondida no caso da seguinte forma: *a Constituição proíbe a regra probatória escolhida pelo estado do Missouri para a autorização do desligamento de aparelhos que mantêm vivo um paciente?* A resposta obtida pela Corte foi negativa. Confira-se seu *iter argumentativo*:

Primeiramente, a Corte noticiou a existência de uma *doutrina* tradicional da *common law*, a do *consenso informado*, que versava sobre a necessidade de obtenção de consentimento para a intrusão e toque em corpos alheios. Como corolário lógico dessa *doutrina* apresentava-se o direito de recusa ao tratamento. A seguir, examinou as manifestações das Cortes estaduais em casos similares, concluindo que elas demonstravam que a *doutrina do consenso informado* era aceita, e abarcava o direito de recusa a tratamento médico. Além disso, decisões estaduais apontavam tanto similaridade quanto diversidade em suas abordagens para decidir, havendo opção por métodos diversos para autorizar a suspensão do trato médico. O único ponto de acordo entre todas as decisões era o caráter perplexizante do assunto, com diversos matizes *éticos e morais* não usuais. A Corte partiu, então, para a avaliação da razoabilidade da lei.⁵²⁶

O primeiro passo do *teste da razoabilidade* foi suprido. A Corte admitiu que o direito de recusar um tratamento médico era reconhecido na tradição anglo-americana e encontrava-se dentro da esfera de privacidade de um indivíduo. Havia, pois, direito protegido pelo devido processo legal sendo constricto. Para manifestar se o Missouri poderia ou não escolher tal padrão *probandi*, a Corte examinou os fins almejados. Tanto a proteção da vida como da *pessoalidade* da decisão de morrer foram considerados legítimos. A seguir, a Corte sopesou os elementos da questão, lembrando que a lei não vedava o direito de recusa dos incapazes, mas punha um forte obstáculo probatório para seu exercício. Salientou que não estava em jogo a recusa por pessoas capazes. O *meio*, pesado *onus probandi*, foi tomado por razoável, por não existir um padrão universal de prova; ao contrário, é comum a variação do tipo de prova de acordo com o ato ou com o assunto. Nesse caso, o ato teria consequências drásticas, então, o melhor seria interpretar um possível erro na verificação da vontade do paciente em favor da vida e não o contrário. Ademais, a rigidez nas provas protegeria os parentes da ojeriza e da crítica de outros membros da comunidade.⁵²⁷

261 (1990) Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=497&invol=261>» Acessado em: 22/05/2001.

⁵²⁶ *Id.*

⁵²⁷ *Id.*

Concorrendo, a *Justice O'Connor* esclareceu elementos do direito guardado pelo devido processo legal reconhecido na decisão e de sua violação. Preocupada com o *far reaching* do arrazoadado da maioria, frisou que ele dizia respeito a um padrão de prova, o que não significava que fechasse as portas constitucionais a padrões diferentes, nem que um estado fosse impedido de obstaculizar completamente o direito.⁵²⁸ *Justice Scalia*, concorrendo no resultado, apontou largamente a dificuldade de traçar linhas demarcatórias no tema *morte digna*, comparando a questão com normas relativas ao suicídio e à assistência ao suicídio. Para esse *Justice*, o Poder Judiciário deveria manter-se à parte dessa discussão, deixando-a a cargo dos legislativos, pois a Constituição nada menciona a esse respeito. Enfatizando esta concepção, interrogou: *como determinar o que é razoável no traçado da linha divisória entre vida e da morte?*⁵²⁹

Dissentindo, três *Justices*, na voz de *Justice Brennan*, iniciaram a argumentação expondo que a *zona intermediária* entre a vida e a morte não era natural, mas um fruto do avanço da tecnologia médica. Por mais benefícios que essa evolução fosse capaz de acarretar, trazia consigo alguns males, dentre eles a feitura de *prisioneiros da tecnologia médica*, incapazes de escolher uma *morte natural e digna*, e humilhados em sua memória póstuma. Então, o momento da morte deixara de ser um problema de *fê*, para se tornar uma escolha humana em alguns casos. Assumindo o direito garantido pelo devido processo legal de recusar um *tratamento médico*, ele asseverou que a *natureza* desse direito exigia *escrutínio estrito*. Citando outros casos decididos pela Corte, *Justice Brennan* demonstrou que pessoas incapazes também eram titulares de *Direitos Fundamentais*, merecendo adequada tutela. Desse modo, refutou a possibilidade de o direito ser admitido, mas seu exercício negado, por sofismática. Avaliando os *fins* do estado, discutiu o significado da expressão *tratamento médico*, ligando-a à cura e melhora do paciente, situações ausentes no caso. Apontou o sofrimento a familiares impresso pela manutenção de uma vida em tais condições, não encontrando terceiros atingidos pelo desligamento dos aparelhos. Uma vez que não havia cura ou melhora, nem havia prejuízo a terceiros, *Justice Brennan* negou que o interesse geral do estado na preservação da vida fosse legítimo para preservar a vida de alguém específico, em condições determinadas. Todavia, reconheceu a legitimidade do outro escopo alegado pelo estado, a proteção do incapaz contra decisões que ele, se capaz, não tomaria. Examinando o meio escolhido para a obtenção deste fim, disse-o não razoável, pois era um padrão absolutamente assimétrico de prova, uma vez que apenas uma das partes deveria provar cabalmente a declaração de vontade do agora incapaz e o estado não carecia apresentar sequer indícios do interesse desse incapaz em permanecer em *tratamento*. Por fim,

⁵²⁸ *Id.* Voto da *Justice O'Connor*.

⁵²⁹ *Id.* Voto de *Justice Scalia*.

advertiu que o interesse dos incapazes deveria ser protegido, mas não com zelo excessivo, pois na *boa* aparência do excesso de zelo podiam estar escondidos sérios danos à liberdade.⁵³⁰

3.3.2.6 Sigilo das transações financeiras

Por fim, menciona-se um caso envolvendo o sigilo bancário e de algumas transações financeiras. O caso, em si, não foi deslindado com base no substantivo devido processo legal, mas na Quarta Emenda à Constituição, que proíbe certos tipos de investigações, buscas policiais e provas (*provas obtidas por meios ilícitos*). Todavia, possui importância para o tema deste trabalho por dois motivos: a) porque estava em questão o direito de *privacidade*; b) porque o caso, se ocorrido em âmbito estadual, possivelmente teria sido decidido pela combinação da Quarta Emenda com a Décima Quarta, uma vez que aquela já era compreendida como incorporada nessa. Trata-se do caso *United States v. Miller*⁵³¹, datado de 1976.

O litigante era acusado de cometer diversos crimes federais, dentre os quais a sonegação de impostos e taxas federais que incidiam sobre a comercialização de bebidas alcóolicas. Na realização de investigação, a polícia solicitou a dois bancos, dos quais Miller era correntista, microfilmes de cheques e de documentos comprobatórios de depósitos. Miller, então, buscou tutela judicial, antes de seu julgamento, para impedir que os documentos e informações fossem obtidos ou utilizados nos processos, alegando que suas movimentações financeiras estavam dentro da *zona de privacidade* protegida pela Quarta Emenda. Avaliando o assunto, a Suprema Corte, na voz de *Justice Powell*, entendeu que o direito de *privacidade* não encampava os documentos bancários em questão, quando a polícia carecesse de informações sobre a vida financeira de um suspeito. Segundo a Corte, cheques e comprovantes de depósitos não eram documentos de *natureza* privada, e mais, eram documentos do banco, não do cliente. Assim, não haveria tutela do direito de *privacidade* quando as informações fossem prestadas por terceiros ou obtidas através de documentos pertencentes a terceiros. Em dissidência, apenas dois *Justices*, Marshall e Brennan. Segundo eles, o sigilo das transações bancárias, qualquer que fosse a *natureza* dos documentos ou qualquer que fosse a pessoa que os detivesse, fazia parte do direito de *privacidade*, merecendo, pois, sua tutela. Assim, a polícia não poderia ter acesso a eles, sem devida autorização judicial, o acesso aos documentos não poderia ser liberado.

Esta decisão da Corte, no entanto, teve vida brevíssima. Em típico movimentar do *checks and balances*, o Congresso editou, dois anos depois de *United States v. Miller*, o *Right of Financial Privacy Act*, estabelecendo salvaguardas para os dados bancários e financeiros das pessoas físicas e jurídicas.

⁵³⁰ *Id.* Voto dissidente de *Justice Brennan*.

⁵³¹ *United States v. Miller*. 425 U.S. 435. (1976). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&court=US&case=/us/425/435.html>» Acessado em: 22/05/2001.

Deste modo, a *interpretação* feita pela Corte da *zona de privacidade* da Quarta Emenda foi alterada pela *interpretação* ofertada pelos congressistas em ato legislativo próprio. Louis Fisher, comentando esta situação, traz à tona que a Corte não reputou inconstitucional a *Ato* do Congresso em situações posteriores, respeitando a *leitura* do Congresso. Este autor denomina esta situação de um *diálogo constitucional*, pois a Corte e o Congresso *dialogaram* até atingir uma *interpretação* da Constituição que ambos julgaram adequada. Além disso, Fisher aduz que esse *diálogo* demonstra que não são as Cortes que detêm a palavra final sobre a constitucionalidade, mas que são os três poderes que constroem, conjuntamente, o conteúdo do texto constitucional.⁵³²

Em linhas gerais, os casos descritos neste capítulo correspondem aos mais significativos casos decididos pela Suprema Corte com escora no *personal substantive due process of law*. No capítulo que se segue, os esforços não serão mais destinados a relatar os casos envolvendo o substantivo devido processo legal, mas a refletir acerca da *razão abstrata*, da *função* e das *características de aplicabilidade* desta versão da cláusula constitucional, reflexões estas que têm como ponto de partida a linha decisória da Suprema Corte, descrita neste capítulo e no anterior.

⁵³² FISHER, Louis. Op. Cit., p. 257-258.

4 DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO: RAZÃO ABSTRATA, FUNÇÃO E CARACTERÍSTICAS DE APLICABILIDADE

"The requirement of 'due process' is not a fair-weather or timid assurance. It must be respected in periods of calm and in times of trouble; it protects aliens as well as citizens. But "due process," unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place and circumstances. Expressing as it does in its ultimate analysis respect enforced by law for that feeling of just treatment which has been evolved through centuries of Anglo-American constitutional history and civilization, 'due process' cannot be imprisoned within the treacherous limits of any formula. Representing a profound attitude of fairness between man and man, and more particularly between the individual and government, 'due process' is compounded of history, reason, the past course of decisions, and stout confidence in the strength of the democratic faith, which we profess. Due process is not a mechanical instrument. It is not a yardstick. It is a process. It is a delicate process of adjustment inescapably involving the exercise of judgment by those whom the Constitution entrusted with the unfolding of the process."

Justice Felix Frankfurter

Nos capítulos anteriores, estudou-se a origem da cláusula *due process of law* e os antecedentes ingleses que podem tê-la conectado com o controle jurisdicional dos atos do Executivo e do Legislativo, quando cotejados os atos destes poderes com o conjunto de princípios da *common law* construídos ao longo da história inglesa, formadores da *razão artificial* deste sistema de Direito. Viu-se que a trajetória inglesa da cláusula impede que se tracem afirmações cabais acerca da existência ou não de uma versão substantiva do devido processo legal. Estudou-se, também, o traslado inicial da cláusula para o constitucionalismo norte-americano, desde o período colonial até sua positivação na Declaração de Direitos da Constituição norte-americana. A incerteza que paira sobre a existência da versão substantiva do devido processo legal na Inglaterra transfere-se para este período da história estadunidense, havendo apenas indícios fragmentários da versão substantiva, não havendo *provas* que permitam inferir sua realidade. Ademais, sabe-se já que a que a *doutrina* do devido processo legal substantivo liga-se ao controle jurisdicional de constitucionalidade, e, portanto, somente a partir da sedimentação desta noção é que se adquire mais clareza e segurança na avaliação da versão substantiva da cláusula.

Dada esta conexão entre o devido processo legal substantivo e o controle de constitucionalidade, foram examinadas a origem e o lastro teórico deste tipo de controle, para, depois, perquirir os primeiros

* *Justice Felix Frankfurter. Anti-Fascist Committee.* 341 U.S. 123 (1951). p.163. Disponível em: <http://caselaw.lp.fndlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=341&invol=123> ». Acessado em: 22/05/2001

enlaces feitos entre a cláusula e o controle de constitucionalidade, percebendo-se a presença do elo nos cognominados *casos Ultra Judicial Review*, dentre os quais se destacou a *Dred Scott Decision*, proferida na segunda metade do século XIX. Esta decisão permite afirmar a presença do devido processo legal substantivo. Foi, no entanto, após o advento da Décima Quarta Emenda que a *doutrina* do devido processo legal substantivo foi articulada e aceita pela Suprema Corte. Após sua aceitação, seu caminho teve altos e baixos; ela atingiu o apogeu, declinou, permaneceu em sobrevida e voltou à cena com força. Apesar dessa sinuosidade em sua trajetória, a linha de precedentes formada por casos cujo fulcro decisório foi a *doutrina* do devido processo legal substantivo, construída ao longo de quase um século e meio, tem o condão de ofertar àquele que a estuda alguns traços definitórios sobre a *razão abstrata do princípio genérico* e sua ligação com a *doutrina* substantiva, e também sobre a função e as características de aplicabilidade devido processo legal substantivo.

O presente capítulo destina-se a trazer à tona algumas considerações acerca da *razão abstrata*, da *função* e das *características de aplicabilidade* do devido processo legal substantivo, por meio dos seus elementos de origem e de seu evoluir nas decisões da Suprema Corte estadunidense. Além disso, há, neste capítulo, incursões breves sobre os efeitos da *doutrina* do devido processo legal substantivo no controle de constitucionalidade e na tripartição de poderes, acompanhadas de exposições, ainda mais breves, do posicionamento de alguns doutos a respeito da substantividade do *princípio* e do *ativismo judicial*, forma de atuação do Poder Judiciário da qual o devido processo legal substantivo é partícipe. Para dar conta daquele objeto primeiro e destes secundários, o capítulo está dividido em três partes; a primeira, sobre a *razão abstrata do princípio* (item 4.1), a segunda, sobre a *função do princípio* (item 4.2) e a terceira, sobre as *características de aplicabilidade do princípio* (item 4.3), todas voltadas, é claro, para a *doutrina* que lhe confere substantividade, embora, em alguns tópicos, para que esta possa ser compreendida de modo mais adequado, exista menção à versão *procedimental*.

4.1 A RAZÃO ABSTRATA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO

Antes de adentrar no estudo da *razão abstrata* do devido processo legal substantivo, mister se faz referir que a cláusula, tanto na Constituição norte-americana quanto na brasileira, é um *princípio constitucional*. Para atingir esta afirmação, adota-se a divisão do “*superconceito norma*”⁵³³ constitucional em *regras* e *princípios*. Esta formulação iniciou-se no Direito Constitucional estadunidense, através de atuações da Suprema Corte, e foi teorizada e exposta por Ronald Dworkin na

⁵³³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 1999, p. 1086.

obra *Taking Rights Seriously**. Com o tempo, expandiu-se a outros sistemas constitucionais, como o alemão, na voz de Robert Alexy, e o português, com Gomes Canotilho. Por meio desses três estudiosos, prioritariamente, a distinção penetrou recentemente no constitucionalismo pátrio, estando hoje em voga, merecendo adesão de inúmeros constitucionalistas.⁵³⁴ A seguir, tecer-se-á brevemente alguns comentários sobre as semelhanças e diferenças entre *regras* e *princípios*, para depois ingressar no apreço da *razão abstrata* do princípio do devido processo legal substantivo. Este exame será empreendido por meio de algumas características principiológicas do devido processo legal substantivo, ou seja, avaliar-se-á em conjunto as distintividades principiológicas da cláusula e sua *razão abstrata*, cada qual auxiliando na compressão da outra.

4.1.1 ALGUMAS NOTAS ACERCA DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS

Em comum, *princípios* e *regras* constitucionais possuem uma característica elementar, qual seja, ambos são *normas constitucionais*, pertencendo à categoria *norma jurídica*. Disto se extrai uma importante consequência: tanto as *regras* quanto os *princípios* têm vinculabilidade jurídica. São, pois, comandos deonticos, um *dever-ser*, dotados de sancionabilidade. Compreendido desse modo, um *princípio* não é um comando *moral*, uma mera exortação ou um mero apelo, ao estilo *you não deve cometer erros, a não ser que escolha cometê-los*. Ao contrário, são comandos de *dever-ser* traduzidos em normas jurídicas *completas*, com possibilidade de aplicação de sanção pelo aparato jurisdicional.⁵³⁵

Entrementes, os *princípios constitucionais* nem sempre foram vislumbrados como *normas jurídicas*. Diante da evolução do constitucionalismo, pode-se afirmar que a aceitação deste entendimento é recente, pois angariou aprimoramento e expansão a partir do término da Segunda Grande Guerra. Até então, a compreensão mais corrente em torno dos *princípios* considerava-os desprovidos de *força normativa*, mais próximos de um aconselhamento, de uma *exortação moral* ou *política* do que de uma norma jurídica. Esposava-se a concepção de que os *princípios* eram de *natureza transcendente*, eram *normas jurídicas incompletas* e que sua expressão nas constituições significava apenas um *norte* a ser seguido, mas não a ser sancionado. Os ideais de baixa densidade semântica apostos nos *princípios* e a sua

* Embora a menção, neste parágrafo, seja ao título original da obra, utilizou-se nesta pesquisa a versão em espanhol, denominada *Los Derechos en Serio*.

⁵³⁴ Menciona-se, a título meramente exemplificativo: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p.43 e ss.; ROTENBURGH, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: RT, 1991 p. 93 e ss.

⁵³⁵ Sobre este assunto, vide: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 1ªed. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel. 1995, especialmente os capítulos 2 e 3, nos quais Dworkin estabelece certas distinções entre normas e *princípios*, p. 61-146; TRIBE, Laurence. **American...** Op. Cit., p. 1677-1682; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito...** Op. Cit., p. 1086 e ss.; ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. Cit., 13 e ss.

aplicabilidade mediata fortaleciam esta noção. Diante disso, os legislativos e executivos poderiam concretizar ou não os ditames principiológicos, e o Poder Judiciário, como controlador da constitucionalidade, via de regra, não tomava os *princípios* como fonte de aferição de *validade* dos atos desses poderes. Assim, o controle de constitucionalidade mostrava-se *formal*, com aferição do cumprimento das regras *procedimentais* para a produção normativa infraconstitucional e da não-existência de uma afronta clara e insofismável ao texto da Constituição; apenas em pequena medida mostrava-se *material*, isto é, com revisão da concretização dos *princípios* insculpidos no texto constitucional, atendendo à adequação dos atos normativos infraconstitucionais com *construções* judiciais desses *princípios*.

Se as afirmações do parágrafo anterior são aplicáveis à maior parte dos sistemas constitucionais que adotam o princípio da supremacia da Constituição e o controle jurisdicional de constitucionalidade, o mesmo não se pode asseverar quando se tem em mente o sistema norte-americano. Neste, a normatividade principiológica esteve presente desde a *Era Tradicional* da *Judicial Review*, sendo reforçada a cada nova *Era*. A partir do final do século XIX e início do XX, o caráter normativo dos princípios mostrou-se mais aceito e, na *Era Moderna*, adquiriu contornos seguros. A Suprema Corte não labutou sobre o texto constitucional a fim de entendê-lo através de uma dicotomia entre normas constitucionais *mandatórias* e *normas constitucionais admonitórias*, tomando-as como pertencentes ao primeiro grupo.⁵³⁶ É fato, todavia, que o entender e o aplicar das características principiológicas foi evoluindo paulatinamente, *Era* a *Era* do controle de constitucionalidade, até assumir a identidade que hoje possui. Isto quer dizer que, ao contrário do ocorrido em outros Estados, nos Estados Unidos, os *princípios*, desde muito cedo, encontravam-se inseridos na categoria norma constitucional, mas sua *concretização* pelo Poder Judiciário e imposição aos demais poderes deu-se gradualmente. De início, diante de uma cláusula com maior *vagueza*, a Suprema Corte optava pela deferência legislativa, acatando a decisão provinda do poder de conformação do Legislativo. Assim, na *Era Tradicional*, via de regra, um ato normativo apenas era inconstitucionalizado se representasse uma *clara* afronta ao texto constitucional. Todavia, na *Era Transicional* a Corte passou a *concretizar*, ofertar conteúdo, e *aplicar* com maior frequência alguns *princípios*, utilizando-os como base constitucional apta a limitar atos normativos advindos dos demais poderes. Na *Era Moderna*, por sua vez, a *concretização* principiológica pelas Cortes de Justiça alastrou-se a diversos *princípios* constitucionais, recebendo bases teóricas próprias.

⁵³⁶ BITTAR, Orlando. *A lei...* Op. Cit., p 42.

Em que pese *princípios* e *regras* possuírem uma identidade básica, ambos são espécies do gênero norma, disto não se pode concluir sua identidade. Cada espécie possui caracteres peculiares em relação à outra. As notas distintivas entre os *princípios* e as *regras* constitucionais são tanto quantitativas como qualitativas. No que toca às primeiras, pode-se esquematizá-las do seguinte modo,⁵³⁷

- a) *princípios* possuem um **maior grau de abstração** do que as *regras* e, em consequência, eles possuem um **menor grau de determinabilidade**;
- b) *princípios* possuem um **maior grau de plasticidade** do que as *regras*.

No que concerne às distinções qualitativas, citam-se duas, intimamente correlatas. Enquanto os *princípios* são normas traduzidas em mandatos de *otimização*, as *regras* são “*normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem)*”.⁵³⁸ Esta diferenciação exala uma importante consequência: o modo de cumprimento de um *princípio* e o de uma *regra*. Aqueles, como *mandatos de otimização*, admitem uma gradação em seu cumprimento, isto é, compatibilizam-se com diversos *graus de concretização*, de acordo com condições fáticas e jurídicas. Compreendendo-se assim, tem-se que os *princípios* podem ser cumpridos desde um *grau mínimo* até um *grau ótimo*, este último, na prática, reputado inatingível. As *regras*, por seu turno, inadmitem tal gradação; simplesmente são cumpridas ou não. Na conhecida expressão de Dworkin, as *regras* se cumprem *in all or nothing fashion*, ou, como versiona Canotilho, em uma “*lógica do tudo ou nada*”.⁵³⁹

O segundo traço de distinção qualitativa entre *princípios* e *regras* é umbilicalmente relacionado com seu modo de cumprimento, e se refere à forma de solução de conflitos entre *princípios* e *regras*. Os *princípios* convivem, mesmo que antagônicos. Quando dois *princípios* colidem, não há necessidade de excluir um ou outro do sistema constitucional para que se solucione o embate. Uma vez que eles se concretizam em graus, quando se dá um conflito principiológico, opta-se pela aplicação de um grau maior de otimização, mantendo-se o outro em um grau menor, mas não abaixo do mínimo. Isto é, a convivência conflitiva de *princípios* harmoniza-se através do sopesar dos interesses e *valores* apostos em cada um diante da situação que se deseja regular. Quando *regras* colidem, não há como harmonizá-las. Como as *regras* são ou não são cumpridas, não se pode gradar uma e outra para que convivam dentro do mesmo

⁵³⁷ Na elaboração desta esquematização tomou-se por guia a constante da obra de Gomes Canotilho. Entretanto, a aqui apresentada difere daquela de Canotilho, tendo-se utilizado como fontes complementares: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. Cit., p. 51 e ss; ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. Cit., passim; GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 105 e ss.

⁵³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito...* Op. Cit., p. 1087.

⁵³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito...* Op. Cit., p. 1087

sistema. Assim, a solução para um choque entre *regras* encontra-se na exclusão de uma delas, de acordo com as formulações de solução de antinomias do ordenamento jurídico.⁵⁴⁰

Após esta breve revisão das semelhanças e diferenças entre *regras* e *princípios*, conferir-se-á como o devido processo legal substantivo nelas se encaixa, aproveitando-se a explanação para explorar a *razão abstrata* do *princípio*. Pelo grau de abstração e menor determinabilidade, ver-se-á que o devido processo legal substantivo não recebeu, nem pode receber, uma conceituação completa, rígida e estanque. Ele carece de uma dose de flexibilidade. Todavia, perceber-se-á que a baixa densidade semântica, a vagueza, não significa ausência total de sentido; ele tem um *esqueleto básico e constante* – sua *razão abstrata* – a ser preenchido de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas com substâncias diversas. Pela *plasticidade*, ver-se-á que ele acompanha os tempos, amoldando-se a novas situações fáticas, jurídicas, políticas, econômicas e acompanhando evoluções sociais, tecnológicas econômicas, sem, contudo, alterar sua *razão abstrata* ou confundir-se com os ditames majoritários ou com *paixões do dia* desvinculadas dos *grandes princípios constitucionais*.

4.1.2 O ALTO TEOR DE ABSTRAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Os *princípios* possuem um grau de abstração maior do que as *regras*. Com isto quer-se expressar que um *princípio* possui um conteúdo mais aberto e largo “capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico”.⁵⁴¹ Os *princípios* são enunciações normativas com uma densidade semântica baixa, não suscetíveis de compreensão total pelo seu simples palavreado, tampouco de aplicações diretas a situações concretas. Para serem compreendidos e aplicados, carecem de apoio em um contexto espaço-temporal e de uma atuação concretizadora, operada por um mediador. Graças estes fatores, os *princípios* não comportam reduções a conceitos rígidos e exaustivos ou a formulações estanques. A flexibilidade faz parte da *natureza* de sua espécie normativa. Como um *princípio*, o devido processo legal *genérico* traz consigo as marcas da *abstração*, da *vagueza* e da aplicabilidade mediata. Nele, porém, a vagueza e abstração apresentam-se com muita intensidade, em um grau por demais elevado, mesmo para um *princípio*.

Esta condição de abstração não escapou aos olhos da Suprema Corte, a qual se referiu em diversas ocasiões à vagueza do devido processo legal *genérico*. Já no final do século XIX, o *Justice*

⁵⁴⁰ Para um aprofundamento nestes tópicos, vide: DWORKIN, Ronald. *Los derechos...* Op. Cit., especialmente os capítulos 2 e 3 e neste, o item 5, p.134 e ss; DWORKIN, Ronald. *Freedom's...* Op. Cit., p. 07 e ss.; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito...* Op. Cit., p. 1086-1090. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. Cit., p. 55 e ss. ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. Cit., p. 29 e ss; GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 115 e ss.

⁵⁴¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. Cit., p. 18.

Brown asseverou que “*Esta Corte nunca tentou definir com precisão as palavras ‘devido processo legal’, nem é necessário fazê-lo neste caso. É suficiente dizer que há certos princípios imutáveis de justiça, os quais são inerentes à idéia de governo livre, que nenhum membro da União pode desconsiderar*”.⁵⁴² Para atingir esta conclusão, o *Justice* Brown escorou-se em dois casos anteriores, *Murray’s Lessee v. Hoboken Land and Improvemet Co.* e *Davidson v. New Orleans*. E, após a referência, reiterou a dificuldade de conceituar com precisão o *due process of law*, dizendo que ele implica uma conformidade com certos princípios de justiça.⁵⁴³

Ao curso dos anos, e das Eras da *Judicial Review*, este característico do devido processo legal foi reafirmado pela Suprema Corte. Em 1908, o *Justice* Holmes não o conceituou, asseverando: “*O que é devido processo legal depende das circunstâncias*”.⁵⁴⁴ Tempos depois, em voto dissidente, este *Justice* fez uma alusão clara à vagueza do princípio insculpido na Quinta Emenda: “*Os contornos vagos da Quinta Emenda, proibindo que qualquer pessoa seja privada da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal*”.⁵⁴⁵ O *Justice* Felix Frankfurter manifestou-se de modo bastante elucidativo acerca da vagueza do devido processo legal, com tal clareza que este trecho de seu voto é uma referência constante: “*Mas ‘devido processo legal’, diferentemente de certas regras legais, não é uma concepção técnica com um conteúdo fixo, não relacionado com o tempo e com as circunstâncias (...) ‘devido processo’ não pode ser aprisionado nos limites traiçoeiros de uma fórmula*”.⁵⁴⁶ Em momento próximo ao da reafirmação da autonomia do devido processo legal substantivo, o *Justice* Harlan, em *Poe v. Ullman*, ratificou a impossibilidade de imprimir-se um conceito preciso e fixo ao princípio: “*O devido processo legal não foi reduzido em fórmula alguma; seu conteúdo não pode ser determinado com referência a código algum. (...) Nenhuma fórmula poderia servir como substituto, nesta área, para julgamento e contenção*”.⁵⁴⁷

⁵⁴² *Holden v. Hardy*. 169 U.S. 366 (1898). Voto majoritário do *Justice* Brown. “*This Court has never attempted to define with precision the words ‘due process of law’, nor it is necessary to do so in this case. It is sufficient to say that there are certain immutable principles of justice, which inhere in the very idea of free government, which no member of the Union may disregard (...)*” [sem grifos no original]

⁵⁴³ *Id.* Vide infra, capítulo II, item 2.2.2, descrição do caso *Holden v. Hardy*.

⁵⁴⁴ *Meyer v. Peabody*. 212 U.S. 78 (1908). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=212&invol=78>» Acessado em: 22/05/01. “*What is due process of law depends on the circumstances.*”

⁵⁴⁵ *Adkins v. Children’s Hospital*. 261 U.S. 525 (1923). O *Justice* Holmes, voto em dissidência. “*(...) the vague contours of the Fifth Amendment, prohibiting the depriving any person of liberty or property without due process of law.*” [sem grifos no original]

⁵⁴⁶ *Anti-Fascist Committee*. 341 U.S. 123 (1951). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=341&invol=123>» Acessado em: 22/05/2001. “*But ‘due process of law’, unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place and circumstances. (...) ‘due process’ cannot be imprisoned within the treacherous limits of any formula.*” [sem grifos no original]

⁵⁴⁷ *Poe v. Ullman*. 367 U.S. 497 (1961). Op. Cit. *Justice* Harlan, dissentindo. “*Due process of law has not been reduced to any formula; its content cannot be determined by reference to any code. (...) No formula could serve as a substitute, in this area, for judgement and restraint.*” [sem grifos no original]

Em âmbito doutrinário, há também diversas menções à vagueza e à abstração do devido processo legal. Ronald Dworkin, na obra *O império do Direito*, ao exemplificar a abstração dos *princípios*, referiu: “A Constituição confere poderes limitados a essas instituições [Congresso e Presidência] e estabelece importantes vedações a cada uma delas. (...) Outras restrições são notoriamente abstratas. A Quinta Emenda insiste em que o Congresso não tome ‘a vida, a liberdade e a propriedade’ sem o ‘devido processo legal’”.⁵⁴⁸ San Tiago Dantas, conhecido pelo escrito pioneiro no Brasil sobre o devido processo legal substantivo, concluiu: “o due process of law é um standard, (...) Daí não ser possível aprisioná-lo num conceito teórico, sob pena de lhe fazer perder a elasticidade.”⁵⁴⁹ Carlos Roberto de Siqueira Castro cognominou os termos da cláusula como “de dicção indefinida e até mesmo enigmática”,⁵⁵⁰ referindo, também, que é “sabido que a cláusula do devido processo legal não logrou ser reduzida a nenhuma fórmula precisa e acabada nos sistemas constitucionais que a adotam(...)”.⁵⁵¹

O teor de abstração do devido processo legal *genérico* é, pois, largamente admitido, tanto pela Suprema Corte quanto por estudiosos estrangeiros e pátrios do tema. No entanto, essa assunção não permite afirmar que o *princípio* não possua sentido algum ou que possa receber qualquer sentido. Abstração não é sinônimo de indeterminabilidade, tampouco ausência completa de conteúdo semântico. Significa apenas que o *princípio* não tem um conteúdo preciso, fixo e inalterável, mas que é dotado de uma dose de flexibilidade e abertura que se amolda e que requer determinações diante de situações específicas. Um *princípio* tem um sentido geral, uma estrutura básica que permite a sua concretização e sua determinabilidade.

Primeiramente, para o entendimento de sua *razão abstrata*, há que se atentar para o fato da expressão devido processo legal não estar insculpida em um vácuo. Ela está inserta em um texto constitucional e presa a um contexto frasal específico que auxiliam na sua compreensão, excluindo algumas possibilidades e exigindo outras. Ela não será lida de maneira desintegrada, como se solitária figurasse na Constituição, ou hiperintegrada,⁵⁵² como se todo o texto possuísse um sentido unívoco e imutável, ao qual a expressão deve ser adaptada a qualquer preço. Ademais, para a apreensão de seu sentido conta-se com cânones de interpretação e de hermenêutica.

⁵⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *O império...* Op. Cit., p. 425.

⁵⁴⁹ DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”. Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, 116, 1948. p. 21-31.

⁵⁵⁰ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Op. Cit., p. 55.

⁵⁵¹ *Id.* p. 152.

⁵⁵² As formulações *desintegrada* e *hiperintegrada* são empregadas por Tribe para cognominar dois modos de **não** ler uma Constituição, já que aquela conduz à impressão de um sentido unívoco e imutável da Constituição e esta conduz à ampliação exacerbada de um *princípio*, subsumindo todo o texto constitucional a ele. Cf. TRIBE, Laurence. *On reading...* Op. Cit., p. 19 e ss.

Do contexto frasal em que se insere o devido processo legal, depreende-se que ele é posto como uma condição a ser preenchida nas **privações** dos direitos de *vida, liberdade e propriedade*.⁵⁵³ É essencial perceber que o *princípio* está ligado à ocorrência de uma privação, funcionando como condicionante de **restrições** desses direitos, não como caminho a ser seguido para o controle da concessão de direitos. A palavra *privar*, que significa restringir, constriuir, negar, diminuir, retirar, abolir, é *chave*, há que existir uma **constrição** dos direitos protegidos para que se possa invocar o devido processo legal. É necessário frisar que a existência de uma privação nos direitos de *vida, propriedade e liberdade* é uma condição *sine qua* para aplicação do devido processo legal, em qualquer de suas versões. A *razão de ser* do *princípio* é justamente proteger as pessoas⁵⁵⁴ contra ataques estatais aos direitos por ele tutelados. Esta *razão de ser* será pervertida se se utilizar o *princípio* às avessas, para controlar atos normativos que concedam direitos aos indivíduos. A abstração do devido processo não significa que ele possa atuar como um *curinga*, como um *joguete*, cláusula hábil a fundamentar a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo que os juízes pensem indesejado. Utilizar o *princípio* para controlar a

⁵⁵³ Consoante referido, o devido processo legal aparece em duas Emendas da Constituição norte-americana, com redação idêntica em ambas. Na CF/88, o princípio recebeu redação inspirada nesta, mas não idêntica: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Sob a tutela do *princípio*, a liberdade e os bens. De acordo com os Anais da Assembléia Nacional Constituinte, a omissão do termo *vida* foi proposital, a fim de evitar qualquer interpretação que conduziisse à conclusão de haver um processo devido para o estabelecimento da pena de morte. Ainda que os registros da Assembléia sejam esclarecedores a respeito dessa intenção, alguns estudiosos têm entendido que a vida está englobada no termo bens e, por isso, resguardada pelo *princípio*. Compactuando com estes autores, adota-se aqui a posição de que a vida está incluída em bens, estando garantida pelo devido processo legal. Assim sendo, a tríade lockeana *vida, propriedade e liberdade* está presente neste princípio da CF/88. Por isso, seguir-se-á o iter argumentativo com a **utilização ampla dos termos vida, propriedade e liberdade, intercambiáveis com os termos bens e liberdade**, embora admita-se que o termo *bens* possa ser interpretado de modo mais amplo que os componentes da tríade. Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União nº191-A, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Atica. 2000. Art. 5º. LIV. A favor da inserção da *vida*: LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Op. Cit., p. 210. NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30 e ss. SILVEIRA, Paulo Fernandes. Op. Cit. passim. Contra: CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Op. Cit., p.377-378 e anexos. BRASIL. Senado Federal. PRODASEN: **Anais do Senado. Assembléia Nacional Constituinte**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/comunica/copres/museu/anais/anais1.htm>> Acessado em: 22/05/20 01.

⁵⁵⁴ Na versão brasileira do *princípio*, lê-se: “ninguém será privado...” enquanto na matriz norte-americana lê-se “any person”. Lá, a expressão *any person* foi dado um sentido lato, sem identidade com *cidadão*. Deste modo, a tutela estende-se tanto a cidadãos quanto a estrangeiros residentes ou permanecendo no país legalmente. Também as pessoas jurídicas foram enquadradas nesta categoria, embora em menor medida que os seres humanos. No Brasil, a palavra *ninguém* deve ser interpretada combinada com o *caput* do artigo 5º, que menciona como destinatários *brasileiros e estrangeiros residentes no país*. À primeira vista, pode parecer que estão excluídas as pessoas jurídicas e os estrangeiros aqui não residentes. A não-inserção das pessoas jurídicas soa condizente com a noção de que os Direitos Fundamentais estão calcados na pessoa humana, e portanto não são extensíveis às pessoas jurídicas. Assim, o termo *ninguém* do inciso LIV referir-se-ia tão-somente a pessoas físicas, brasileiras ou residentes no país. Em que pese o STF não se ter manifestado especificamente sobre o termo *ninguém* do inciso LIV, ele já sedimentou seu entendimento acerca do endereçamento do *caput* do artigo 5º. Reputou-o abrangendo também os estrangeiros em trânsito no país, interpretando este trecho do *caput* no sentido de que a Constituição só pode assegurar a validade e gozo dos Direitos Fundamentais dentro do território nacional. É sedimentada nos tribunais pátrios, desde antes da adoção da CF/88, a aplicabilidade do devido processo legal procedimental às pessoas jurídicas. Mesmo *pessoas jurídicas de direito público* têm recebido proteção tribunalesca de Direitos Fundamentais. BRASIL. STF – Habeas Corpus nº74.051-3 – Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo STF nº45. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Op. Cit. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 60. Confira-se a posição da Suprema Corte nos seguintes casos (rol exemplificativo): *Smynth v. Ames*. 165 U.S. 466 (1898) e *Pierce v. Society of Sisters*. 268 U.S.510. (1925).

razoabilidade de atos normativos que concedem direitos, sem a correlata privação, transforma-o em proteção do poder contra a eficácia dos Direitos Fundamentais, e, ainda, sinaliza o sério risco de confusão entre o controle de razoabilidade por ele permitido e o 'achismo' e *subjetivismo* judiciais.

Os casos descritos nos dois capítulos anteriores demonstram patentemente a necessidade de uma privação desses direitos para a aplicação do *princípio*. Na maior parte deles percebe-se a afirmação da existência de uma privação, e, nos que ela não se mostrou, a Corte absteve-se de lançar mão do devido processo legal. Tome-se, a título meramente exemplificativo, três casos nos quais foi afirmada a privação dos direitos de *vida*, *propriedade* ou *liberdade*. Em *Lochner v. New York*,⁵⁵⁵ a Corte labutou diante de uma privação da liberdade contratual e da propriedade. Em *Gitlow v. New York*,⁵⁵⁶ na liberdade de expressão. Já em *Griswold v. Connecticut*,⁵⁵⁷ com uma privação ao direito de *privacidade*, compreendido como *penumbra* da liberdade. Apesar de obter resultados diferentes em cada um desses casos, neles a Corte detectou primeiro a constrição, para depois aplicar o devido processo legal com vistas a aferir a razoabilidade da constrição.

Como foi dito, a frase constitucional que abarca o devido processo legal é condicional. As privações nos direitos de *vida*, *propriedade* e *liberdade* dos indivíduos somente estarão acordes com essa norma se o devido processo legal for atendido: "*O texto do devido processo legal não protege os indivíduos contra privações da liberdade simplesmente. Ele os protege contra privações sem o devido processo legal.*"⁵⁵⁸ Sua estrutura não autoriza dizer que proíba absolutamente privações aos direitos de *vida*, *propriedade* e *liberdade*, ou que alce esses direitos a um patamar absoluto, totalmente fora do alcance do poder público. Então, nenhum desses direitos é absoluto, todos são condicionais, hábeis a receber restrições, desde que elas se operem com o devido processo legal. Compreender de modo distinto, ou seja, como absolutos os direitos componentes da tríade lockeana, impossibilita qualquer idéia de governo organizado e, por conseguinte, as formulações mais basilares de teoria constitucional.

Quando a atenção é focalizada nas linhas de casos estudadas, confirma-se essa afirmação. Variadas vezes os *Justices* da Suprema Corte frisaram a condicionalidade dos direitos de *vida*,

⁵⁵⁵ *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905). Cit.

⁵⁵⁶ *Gitlow v. New York*. 268 U.S. 652 (1925). Cit.

⁵⁵⁷ *Griswold v. Connecticut*. 381 U.S. 479 (1965). Cit.

⁵⁵⁸ *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*. 497 U.S. 261 (1990). Voto concorrente de Justice Scalia. Cit. "*The text of due process of law does not protect individuals against deprivations of liberty simpliciter. It protects them against deprivations 'without due process of law.'*"

propriedade e liberdade.^{*} Este tema foi, inclusive, um grande objeto de crítica às decisões da *Era Lochner*, atacadas por basearem-se em uma tendência absolutizante da liberdade contratual, como se esta estivesse situada em um ponto inatingível pelo poder público.⁵⁵⁹

Nessa trilha de tirocínio, pela própria noção de existência de um Estado, tem-se que restrições aos direitos de *vida, propriedade e liberdade* são admitidas. Todavia, essas restrições somente poderão ocorrer se o devido processo legal estiver presente. Portanto, ele é um protetor desses direitos, age como uma garantia. Na classificação de Gomes Canotilho, é um *princípio-garantia*.⁵⁶⁰ Embora essa conclusão insira alguns lindes no âmbito de abrangência do devido processo legal, ela não soluciona o problema da vagueza. A indagação remanesce: *o que é devido processo legal? Devido processo legal é um princípio-garantia constitucional que repele privações arbitrárias, injustas, desarrazoadas e caprichosas dos direitos de vida, propriedade e liberdade dos indivíduos*. Nos termos do Justice Stewart “a Cláusula do Devido Processo Legal da Décima Quarta Emenda requer que tais regras não invadam uma área vital de uma liberdade constitucional desnecessária, caprichosa ou arbitrariamente.”⁵⁶¹

Pergunta-se agora: *Quais privações arbitrárias e desarrazoadas? De quem elas provêm?* Privações oriundas do Poder Judiciário que, ao aplicar um ato normativo geral ao caso concreto, pode privar uma pessoa dos direitos de *vida, propriedade* ou *liberdade*. Então, compreende-se o *princípio* como garantia inerente aos processos jurisdicionais, exigindo um **processo justo** antes da constrição dos direitos. Ou seja, para que o Poder Judiciário possa exercer essas privações, deve seguir um *iter* procedimental, cumprir *formas razoáveis e justas*. Sempre que o Poder Judiciário não adotar um curso de procedimentos formais, aplicados regular e razoavelmente de acordo com regras e *subprincípios concretizadores* estabelecidos, ferirá o *princípio* do devido processo legal, agindo de modo ilegal ou inconstitucional.

No entanto, algumas vezes, o Poder Judiciário, ao aplicar um ato normativo ao caso concreto, pode realizar privações arbitrárias e desarrazoadas, mesmo que tenha observado todos os ditames de um

^{*} De um modo geral, pode-se asseverar que todos os casos em que o *substantive due process of law* foi aplicado asseguram que estes direitos são passíveis de constrição, isto é, não são absolutos. Em alguns, a Corte explicitou isto. Confira-se infra o voto do Justice Field e o voto do Justice Bradley em *Slaughter House Cases*, o voto majoritário em *Holden v. Hardy*, voto majoritário de *Near v. Minnesota*, voto majoritário de *Gilow v. New York*, e o voto majoritário em *Roe v. Wade*.

⁵⁵⁹ Em *Coppage v. Kansas*, encontram-se manifestações nos votos dissidentes que acusam a Corte de estar cometendo o erro de absolutizar um direito não enumerado tutelado pelo *due process of law*, a liberdade contratual. O Justice Holmes disse que ela havia se transformado num dogma, e, noutro voto, foi dito que ela havia se transformado em um autêntico *abre-te sésamo* para a inconstitucionalidade de leis estaduais.

⁵⁶⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito...* Op. Cit., p. 1093.

procedimento justo. Isto se dá quando a arbitrariedade e falta de razoabilidade advém do próprio conteúdo do ato normativo aplicado. Nessa situação, independente de quanta *justiça* procedimental o Poder Judiciário empregue, ainda assim a privação dos direitos de *vida, propriedade e liberdade* será arbitrária e desarrazoada, pois o foco irradiador da arbitrariedade não está na atuação judicial, mas no ato normativo que o Poder Judiciário dispõe para o caso, o qual, por sua vez, é produto de um dos outros dois poderes de Estado, Executivo ou Legislativo.

Ora, se a *razão de ser* do *princípio* do devido processo legal é evitar *privações arbitrárias dos direitos de vida, propriedade e liberdade*, se essas privações não são necessariamente produto da atividade jurisdicional, mas também da executiva e da legislativa, cingir o *princípio* a uma garantia inerente aos processos jurisdicionais é frustrar parte de sua *razão de ser*, pervertendo-o e transformando-o em algo como: *ao Poder Judiciário é vedado privar os indivíduos de seus direitos de vida, liberdade ou propriedade desarrazoada e arbitrariamente, a não ser que tal seja inevitável na aplicação de uma lei ou de um ato executivo ao caso concreto*. Acatar essa assertiva, é aceitar que leis e atos do Executivo ataquem direitos constitucionalmente assegurados ao seu alvitre, desprovidos de qualquer controle. É aceitar que contra “*lei injusta*”,⁵⁶¹ que corrói a força normativa dos Direitos Fundamentais e que fere o princípio da supremacia da Constituição não há alternativa. É aceitar, *ultima ratio*, que em alguns momentos uma Constituição rígida cede lugar à supremacia legislativa ou mesmo do executivo.

⁵⁶¹ *Cleveland Board of Education v. LaFleur*. 414 U.S. 632. (1974). Cit. Justice Stewart, na *opinion* da Corte. “(...) the Due process of law Clause of the Fourteenth Amendment requires that such rules must not needlessly, arbitrarily, or capriciously impinge a vital area of a (...) constitutional liberty.”

⁵⁶² A expressão é utilizada por San Tiago Dantas, que a intercala com “*lei arbitrária*”. Ela pode soar estranha para o sistema constitucional pátrio, estranheza esta que não escapou à percepção deste autor: “Não é fácil num sistema já impregnado de positivismo jurídico, como o nosso (menos, em todo o caso, que os sistemas românicos europeus), compreender quanto os países da common law derivam este conceito de direito de uma fonte mais profunda, mais tradicional, menos mutável, do que a lei. O contraste lei-direitos, que, para o positivismo não tem sentido, já que todo o direito deriva de uma lei e flutua ao sabor de suas mutações, é, no espírito de um jurista da common law, uma realidade existencial, que legitima, sem absurdo e sem esforço, a opinião de que certa lei pode ser contrária a direito. Este contraste lei-direitos, (...) foi o ponto de irrupção da doutrina da limitação do Poder Legislativo, (...). Entre as fórmulas jurídicas criadas e desenvolvidas pela jurisprudência constitucional (...) acentuou-se, (...) a influência da cláusula due process of law.” Este autor também acentua que não há necessidade de adesão ao *direito natural* para que se possa compreender o fenômeno da lei injusta: “Não é apenas a doutrina do Direito Natural que vê no direito uma ordem normativa superior e independente da Lei: Mesmo os que concebem a realidade jurídica como algo mutável e os princípios do Direito como uma síntese das normas dentro de certos limites históricos, reconhecem que pode haver leis inconciliáveis com esses princípios, cuja presença no sistema positivo fere a coerência deste e produz a sensação íntima de arbitrário, traduzida na idéia de lei injusta. (...) Foi o mais grave dos frutos do positivismo jurídico, para o qual a realidade jurídica se confunde com o complexo de normas em vigor, haver predisposto a ciência do Direito a negar que uma lei possa ser contrária a direito. (...) Esse objetivo a que tende, na expressão do decano de Lille, o direito público moderno é plenamente atingido no sistema norte-americano pelo controle judiciário da constitucionalidade das leis, e pelo seu exame à luz do conceito de due process of law. A lei não pode ser considerada law of the land é a lei contrária a direito. Não a um direito fixado em regras e em comandos precisos, que se tornariam, nesse caso, imutáveis: mas ao direito como síntese, como corpo de princípios, como método de criação normativa, e ainda como tradição”. Note-se que o autor firma-se na contrariedade da lei ao direito. A versão em português ‘devido processo legal’, ao invés de ‘processo devido pelo Direito’ dificulta a sua compreensão no aspecto substantivo. Se ela fosse apresentada como processo devido pelo direito melhor compreendida seria. DANTAS, F. C. de San Tiago. Op. Cit., p. 22 e 26.

Compreendendo esse fenômeno, a Suprema Corte não se furtou em estender a aplicação da garantia também aos outros poderes do Estado. Aliás, como visto no capítulo primeiro, desde seus primórdios ingleses, a cláusula *law of the land* era vislumbrada como um limite ao Poder Executivo, e então, nos Estados Unidos, que trouxeram da experiência colonial a ciência da possibilidade de desvios legislativos constritores de direitos, o *princípio* foi, pela Corte, expandido como uma limitação aos três poderes, a fim de não ter sua eficácia obstada. Assim:

“Se o devido processo legal fosse meramente uma salvaguarda procedimental, ele falharia em atingir aquelas situações nas quais a privação da vida, da liberdade ou da propriedade fosse levada a cabo pela legislação que, operando no futuro, poderia, mesmo que se ofertasse o procedimento mais justo possível na sua aplicação aos indivíduos, destruir o gozo de todas as três. (...) Assim, as garantias do devido processo legal, ainda que possuindo suas raízes na cláusula ‘per legem terrae’ da Magna Carta e sendo consideradas salvaguardas procedimentais ‘contra a usurpação e a tirania do executivo’, tornaram-se, neste país, ‘baluartes também contra a legislação arbitrária.’”⁵⁶³

A firme noção de supremacia da Constituição aliada à idéia *contratualista* fundante de que o Estado existe em prol das pessoas e, por isso, todo o poder deve ter limites, impulsionaram o entendimento da cláusula como um limite aos três Poderes:

“Neste país, as constituições escritas são compreendidas como essenciais para proteger os direitos e liberdades do povo contra abusos do poder delegado a seus governos, e as provisões da Magna Carta foram incorporadas em declarações de direitos. Elas [as provisões, inclusive o devido processo legal] eram limitações em todos os poderes governamentais, legislativo tanto quanto executivo e judicial.(...) Aplicadas na Inglaterra apenas como defesas contra a usurpação e a tirania do executivo, aqui elas se tornaram ‘baluartes também contra a legislação arbitrária’.”⁵⁶⁴

Esta compreensão tornou-se *doutrina* estabelecida da Suprema Corte, que a enunciou em incontáveis ocasiões. Os próprios casos retratados nos capítulos predecessores são, cada qual a seu modo, uma reafirmação disso, uma vez que caracterizam o emprego do *princípio* do devido processo legal a atos dos executivos e legislativos. Confirmam-se algumas manifestações expressas da Corte: o *Justice Day*

⁵⁶³ *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497. (1961). Cit. Voto dissidente do Justice Harlan. “Were due process of law merely a procedural safeguard it would fail to reach those situations where the deprivation of life, liberty or property was accomplished by legislation which by operating in the future could, given even the fairest possible procedure in application to individuals, nevertheless destroy the enjoyment of all three. (...) Thus the guaranties of due process of law, though having their roots in Magna Carta’s ‘per legem terrae’ and considered as procedural safeguards ‘against executive usurpation and tyranny’, have in this country ‘become bulwarks also against arbitrary legislation.’”

⁵⁶⁴ *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884). Cit. Voto majoritário. “In this country written constitutions were deemed essential to protect the rights and liberties of the people against the encroachments of power delegated to their governments, and the provisions of Magna Carta were incorporated into bills of rights. They were limitations upon **all the powers of government, legislative as well as executive and judicial**. (...) Applied in England only as guards against executive usurpation and tyranny, **here they have become bulwarks also against arbitrary legislation.**” [sem grifos no original]

afirmou que o *princípio* é um limite que abrange os estados, como um todo: “A *Décima Quarta Emenda* protege a vida, a liberdade e a propriedade contra invasão pelos estados sem o devido processo legal”.⁵⁶⁵ O *Justice* McReynolds foi mais explícito: “Como freqüentemente referido, os direitos garantidos pela Constituição não podem ser violados por legislação que não possua razoável relação com algum propósito de competência do estado”.⁵⁶⁶ Ou ainda: “A doutrina estabelecida é que não se pode interferir na liberdade, à guisa de proteção do interesse público, por ação legislativa arbitrária ou sem razoável relação com algum propósito de competência do estado. Determinação pela Legislatura sobre o que constitui o exercício adequado do poder de polícia não é final nem conclusiva, mas sujeita a controle pelas cortes”.⁵⁶⁷

A partir dessa noção, tem-se duas formulações, dois ramos do *princípio* que se complementam na busca do objetivo comum de **evitar privações dos direitos de vida, propriedade e liberdade arbitrárias e desprovidas de razoabilidade**. Uma que exige que tais constrições ocorram com a observância de *procedimentos judiciais justos*, e outra, que exige que o conteúdo resultante do processo seja razoável e não arbitrário. O primeiro traduz o *procedural due process of law*. O segundo, o *substantive due process of law*, que “reflete o fato de que, usando a linguagem da cláusula do devido processo legal para proteger valores societários substantivos, a Corte vai além do conceito de proteções procedimentais, e diz que certas ações governamentais não podem ser realizadas, não importa quanta justiça procedimental seja oferecida”.⁵⁶⁸

Esta construção substantiva do *princípio*, como uma limitação aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário quando agem privando os indivíduos de direitos de vida, propriedade e liberdade, carrega uma importante consequência. Como norma constitucional de *eficácia plena*,⁵⁶⁹ ou, na

⁵⁶⁵ *Buchanan v. Warley*. 245 U.S. 60 (1917) Cit. Voto majoritário do *Justice* Day. “The Fourteenth Amendment protects life, liberty and property from invasion by the states without due process of law.” [sem grifos no original]

⁵⁶⁶ *Pierce v. Society of Sisters*. 268 U.S. 510 (1925) Cit. Voto majoritário do *Justice* McReynolds. “As often heretofore pointed out, rights guaranteed by the Constitution may not be abridged by legislation which has no reasonable relation to some purpose within the competence of the state.” [sem grifos no original]

⁵⁶⁷ *Meyer v. Nebraska*. 262 U.S. 390 (1923). Cit. Voto majoritário do *Justice* McReynolds. “The established doctrine is that this liberty may not be interfered with, under the guise of protecting the public interest, by legislative action which is arbitrary or without reasonable relation to some purpose within the competence of the state to effect. Determination by the Legislature of what constitutes proper exercise of police power is not final or conclusive but is subject to supervision by the courts.” [sem grifos no original]

⁵⁶⁸ GORA, Joel M. Op. Cit., p. 206. “(...) reflects the fact that in using the language of due process of law clause to protect substantive societal values, the Court goes beyond the concept of procedural protections and says that certain governmental actions may not be taken no matter how much procedural fairness is afforded.” [sem grifos no original]

⁵⁶⁹ Adota-se a classificação, corrente na doutrina pátria, das normas constitucionais de acordo com a sua eficácia: a) normas de eficácia plena; b) normas de eficácia contida; c) normas de eficácia diferida, que se dividem em c.1) programáticas c.2) organizacionais. MORAES, Alexandre. Op. Cit., p. 39-41. TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23-26.

caracterização norte-americana, *auto-executável*,⁵⁷⁰ cabe ao Poder Judiciário aplicá-la, fazendo *jus* à força normativa do *princípio*. Desse modo, quando o conteúdo de um ato normativo oriundo do Executivo ou do Legislativo conduzir a *privações* de direitos de *vida, propriedade e liberdade*, é dado ao Poder Judiciário passá-lo em revista, a fim de averiguar sua razoabilidade e não arbitrariedade. O princípio autoriza, pois, o Poder Judiciário a controlar o teor, o mérito dos atos normativos dos outros dois poderes de Estado, tornando-se “*um escudo contra as normas jurídicas e decisões administrativas irrazoáveis ou irracionais*”,⁵⁷¹ uma “*cláusula feita sob medida para patrocinar a expansão da Judicial Review – a ponto de controlar a racionalidade e a razoabilidade das leis e dos atos governamentais*”.⁵⁷²

Tal qual os direitos de *vida, propriedade e liberdade* não são absolutos, assim também não o são os poderes executivos e legislativos para restringi-los. O devido processo legal substantivo insere o manto judicial controlador da constitucionalidade no ponto de tensão entre os direitos de *vida, propriedade e liberdade* dos indivíduos e o poder constritor do Estado, investindo os juizes na qualidade de árbitros, hábeis a determinar até que **grau** a privação desses direitos não será arbitrária ou desarrazoada. Ele incrementa a tarefa do Poder Judiciário, habilitando-o a ir além das afrontas procedimentais ou diretas à Constituição, para averiguar a *validade*⁵⁷³ do ato normativo e a *legitimidade* de uma política executiva ou legislativa. Através dele, o Poder Judiciário lança-se ao *ativismo*, determinando políticas.*

É exatamente esta consequência da *construção* substantiva do *princípio* de textura aberta do devido processo legal que lhe rende um séquito de opositores. Adeptos da constrição judicial, da tripartição rígida de poderes, e do respeito exigido pelo *princípio* democrático à vontade das maiorias expressas pelos poderes eleitos, estes opositores negam a possibilidade de imprimir-se ao devido processo legal *genérico* uma faceta substantiva. Segundo eles, essa *construção* do *princípio* é uma usurpação de

⁵⁷⁰ Esta classificação, utilizada no sistema constitucional norte-americano, distingue as normas constitucionais em auto-executáveis e não auto-executáveis. Ela é ainda muito conhecida no Brasil, uma vez que foi aqui introduzida por Rui Barbosa, e, em tempos anteriores, angariou a adesão maciça dos estudiosos pátrios, que dela se apartaram nos idos da década 1970. Vide: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. t. 1 (arts. 1^o – 7^o). Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, p. 126-127.

⁵⁷¹ LIMA, Maria Rosynete. Op. Cit., p.

⁵⁷² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Op. Cit., p. 55.

⁵⁷³ Adota-se aqui a distinção entre vigência e validade exposta por uma linha de pensamento chamada *garantismo*. Vigência relaciona-se com requisitos de forma e legalidade, enquanto validade relaciona-se com o conteúdo do ato e com a legitimidade. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**. Ley, derechos y justicia. Trad. Marina Gercón. Madrid: Trotta, 1995, passim; FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997, passim; FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1995, p. 851-957; CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade...** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, passim.

* Um exame mais acurado desta consequência e do *ativismo judicial* será empreendido no item 4.2, mais precisamente no subitem 4.2.3.

poder pelo Judiciário, que se eleva a uma *superlegislatura* e instaura uma *tiranía dos juizes*. Nesse grupo, avulta-se a figura de Raoul Berger, cujas premissas são compartilhadas por alguns *Justices* da Suprema Corte, como Scalia, e, no passado, eram defendidas pelo *Justice* Felix Frankfurter. Um dos pontos cruciais da crítica é a vagueza do devido processo legal *genérico*. Eles negam a vagueza do *princípio*, dizendo-o possuidor de um significado técnico preciso, já estipulado desde seus primeiros passos na Magna Carta, qual seja, a garantia de cumprimento de requisitos de forma pelo órgão aplicador do regramento ao caso concreto.⁵⁷⁴ Por esse pensar, cognominam a assumida textura aberta do devido processo legal de “*vagueza conveniente*”,⁵⁷⁵ um artifício para que os juizes tenham poder para interferir indevidamente nas searas legislativas e executivas, substituindo, em nome do *princípio*, as escolhas desses poderes por suas próprias convicções morais, políticas, econômicas, sociais ou mesmo religiosas. Este posicionamento categoriza o devido processo legal substantivo como uma *invenção judicial*, forjada com a finalidade exclusiva de desvirtuar a tripartição de poderes.⁵⁷⁶

Apesar destas vozes contrárias, tem-se que a intensa vagueza e a abstração do *princípio* do devido processo legal permitiram que ele fosse interpretado em dois sentidos diferentes, porém conducentes a um efeito comum: reduzir a arbitrariedade e aumentar a razoabilidade das privações estatais dos direitos de *vida, propriedade e liberdade* dos indivíduos. *A versão substantiva, produto dessa vagueza, é um princípio-garantia constitucional, concretizador do devido processo legal genérico, que proíbe privações arbitrárias e desarrazoadas dos direitos de vida, propriedade e liberdade dos indivíduos, advindas do conteúdo das leis e dos atos executivos e das fundamentações das decisões judiciais, não importando o quão razoáveis tenham sido os procedimentos empregados em sua aplicação pelo órgão julgante, autorizando, assim, o Poder Judiciário a controlar a razoabilidade desses atos normativos.** Mas dizer isto não dirime a vagueza desta versão do *princípio*, não a exime da carência de uma mediação concretizadora, tampouco tem o condão de transmudá-la numa *regra*. Esta afirmação apenas informa qual a *razão abstrata constante* da versão substantiva do *princípio*, mas mantém vivas outras perguntas: *O que é uma privação arbitrária? O que é uma privação desarrazoada? Ou, então: O que é uma privação acorde com devido processo legal substantivo?*

⁵⁷⁴ BERGER, Raoul. Op. Cit., p. 222-225. *Cruzan v. Director MDH*. 497 U.S. 261. Voto do *Justice* Scalia. ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 18 e ss.

⁵⁷⁵ BERGER, Raoul. Op. Cit., p.221. “*convenient vagueness*”.

⁵⁷⁶ *Id.* p.225-227.

* Na esteira terminológica desta dissertação, pode-se substituir os termos *vida, propriedade e liberdade* por *bens e liberdade*.

A resposta a essas indagações não pode ser fornecida mediante determinações apriorísticas, não se atinge uma resposta pronta, acabada, completa pela simples aplicação silogística ou pela lógica dedutiva. É necessário algo diferente, uma construção argumentativa plausível, não dependente de um silogismo ou de uma aplicação mecânica, atemporal, ou de um juízo binário de *verdade* ou *falsidade*. Como disse o *Justice* Holmes, o conteúdo do devido processo legal depende das circunstâncias,⁵⁷⁷ e, consoante o *Justice* Frankfurter, esse conteúdo é composto de história.⁵⁷⁸ Uma privação arbitrária de direitos protegidos pelo devido processo legal substantivo somente poderá ser determinada se se atentar para as circunstâncias, para o momento histórico, ou seja, se se perceber a identidade *plástica* do *princípio*, aplicando-o e argumentando-o de acordo com o tempo, o local, as circunstâncias de fato e de direito, a tradição, os elementos de teoria e de ciência políticas, de teoria constitucional. entre outros temas. É este caráter de *plasticidade* que será apreciado no tópico adiante.

4.1.3 DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO: UM PRINCÍPIO DOTADO DE PLASTICIDADE

Os *princípios* possuem maior *plasticidade* do que as *regras*. Com isto quer-se expressar que os *princípios* possuem uma maior capacidade de adaptação e de adequação a novas situações, circunstâncias e momentos. Enquanto uma *regra* mantém o mesmo conteúdo com o passar do tempo e nos locais aos quais se aplica, um *princípio* mantém a mesma *razão abstrata*, mas não o mesmo conteúdo e aplicação idêntica no correr do tempo e nas mudanças espaciais. A adaptabilidade dos *princípios* permite que eles acompanhem as mudanças sociais, as alterações valorativas, políticas, econômicas. dentre outras, em uma dada sociedade e que variem de sociedade para sociedade. Nesse processo de adequação, a *razão abstrata* dos *princípios* mantém-se, mas, sendo vaga, admite que eles assumam conteúdos diversos, que se encadeiam e se sobrepõem, nem sempre em um processo cumulativo e lógico, mas de acordo com as circunstâncias que se apresentam. Essa característica dos *princípios* é bastante importante e salutar ao funcionamento e eficácia de uma ordem constitucional, uma vez que faz *respirar o sistema*,⁵⁷⁹ impedindo seu aprisionamento em um momento histórico e a ocorrência de intensas produção e alteração normativas a cada novo rumo adotado por uma sociedade, bem como auxiliando na permanência, manutenção e incremento da eficácia normativa do ordenamento jurídico.⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ *Meyer v. Peabody*. 212 U.S. 78 (1908). Cit. Voto do *Justice* Holmes.

⁵⁷⁸ *Anti-Fascist Committee*. 341 U.S. 123 (1951). Cit. Voto do *Justice* Felix Frankfurter.

⁵⁷⁹ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito...* Op. Cit., p. 1087.

⁵⁸⁰ Sobre este aspecto dos princípios vide: DWORKIN, Ronald. *Uma questão...* Op. Cit., p. 135 e ss.; DWORKIN, Ronald. *O Império...* Op. Cit., p. 437; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito...* Op. Cit., p. 1086-1090; ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. Cit., p. 19-22.

A noção apresentada pelo *Justice Holmes*, e mais tarde sistematizada pelo *Justice Cardozo*, da necessidade de consciência, por parte dos intérpretes, de que a Constituição é um documento elaborado para perdurar por diversas épocas, e que, portanto ela (e seus *princípios*) não admite uma leitura exclusivista e terminada ao tempo de sua elaboração, vai ao encontro da *plasticidade dos princípios* e à idéia de renovação e de respiração do ordenamento pela interpretação constitucional. É em consonância com o ideário de *living Constitution* e de interpretação de acordo com os *mores of their day* que a *plasticidade* principiológica age.⁵⁸¹

Como um *princípio*, o devido processo legal também apresenta *plasticidade*. Esta característica foi, ainda no século XIX, demonstrada com maestria pelo *Justice Brown*, no caso *Holden v. Hardy*.⁵⁸² Ele ligou a compreensão da cláusula com o caráter progressivo do Direito Constitucional e com a flexibilidade e capacidade de crescimento dos princípios da *common law*, necessários para a manutenção de uma Constituição produzida para um “*futuro indefinido e expansivo*(...)”.⁵⁸³ Ele discorreu longamente sobre a capacidade de amoldamento do *princípio* ora em apreço a novas condições, para dizer que, se cem anos antes, leis regulando as horas de trabalho em uma mina seriam desarrazoadas, as mudanças ocorridas nas condições da exploração carvoeira tornavam essa lei acorde com o devido processo legal substantivo.

O próprio percurso octocentenário desse *princípio* é marcado pela *plasticidade*. Se assim não fosse, o devido processo legal já teria capitulado e se tornando anacrônico menos de um século depois do selamento da Magna Carta de 1215, e hoje comporia apenas um curto capítulo da história deste grande documento, sem indícios de sobrevivência. Seria absurdo crer que o devido processo legal, que àquela quadra medieval significava uma garantia à manutenção da administração da *justiça* pelo baronato, através da aplicação dos ordálios, dos duelos e da compurgação, mantém este conteúdo. Aliás, já no século seguinte ao selamento da Magna Carta, sua compreensão era diversa desta, asseguramento do julgamento pelo júri, sistema que em 1215 o mesmo *princípio* buscara coibir.* No entanto, é claro que algo permaneceu intacto em sua compreensão: tanto com o primeiro conteúdo quanto com o segundo, o devido processo legal apresentava-se como uma garantia à existência de um procedimento e de um julgamento anteriores à intrusão nas esferas de *vida, propriedade e liberdade* das pessoas quando

⁵⁸¹ Neste parágrafo o termo interpretação recebeu conotação abrangente. Não significa apenas a interpretação judicial da Constituição, mas todas as formas de leitura deste documento, sejam elas produto do Legislativo, do Executivo, dos advogados ou mesmo da população. Sobre o tema, vide: HOLMES, Oliver Wendell. *O Direito...* Op. Cit., passim; CARDOZO, Benjamin Nathan. *The nature...* Op. Cit., passim.

⁵⁸² *Holden v. Hardy*. 169 U.S. 366. (1898). Cit., p. 385 e ss.

⁵⁸³ *Id.* p. 388. “*undefined and expanding future* (...)”

* Vide supra, capítulo I, subitem. I.1.1.

acusadas ou partes de um processo de características hoje ditas jurisdicionais. Isto é, num e noutro manteve a mesma *razão abstrata, contenção da arbitrariedade nas privações dos direitos de vida, propriedade e liberdade*. O que sofreu modificações foi a concepção do que é arbitrário, em consonância com alterações que se apresentaram na sociedade inglesa, em âmbito político, social, econômico, religioso, e, principalmente, de organização estrutural do poder.**

Atendendo às novas necessidades de contenção de arbitrariedade nas privações dos direitos da tríade lockeana, e acompanhando as mudanças constitucionais inglesas, o significado global da Magna Carta de 1215 – contenção do poder e do arbítrio – comunicou-se ao devido processo legal, o qual incorporou este significado genericamente. Assim, sua aplicação estendeu-se a um campo novo, a fim de evitar que o rei pudesse condenar alguém sem julgamento anterior, prerrogativa que ainda era usada e considerada válida diante do *princípio*. Serviu, pois, com sua *razão abstrata*, contra atos executivos empreendidos por uma dinastia que intentava instaurar o absolutismo em terras inglesas. No mesmo período, um outro conteúdo já apontava – pelo menos grande parte dos juristas norte-americanos assim entendeu algum tempo depois – através da exposição de Sir Edward Coke, que vislumbrava a possibilidade de arbítrio e falta de razoabilidade não apenas como produto da ação real e judicial, mas também parlamentar. Aqui, se se interpretar Coke desta forma – vê-se uma tendência de ampliação do conteúdo do *princípio*, em atenção à eficácia de sua *razão abstrata* diante da consolidação de novos focos de poder. Se antes apenas na administração da *justiça* e nos atos reais (por vezes expressos num mesmo foco de poder, de acordo com o momento histórico) via-se um possível irradiar de arbitrariedade, a alteração da estrutura organizacional do poder e o fortalecimento de um novo núcleo davam ensejo à noção de que este também poderia ser arbitrário. Este conteúdo do devido processo legal, e sua conseqüente nova seara de aplicação, como já estudado, não vingou na construção constitucional inglesa, dada a adoção do *princípio* da supremacia do Parlamento.*

Ao mudar de local, entretanto, este conteúdo foi, aos poucos, ganhando adesão. As circunstâncias fizeram com que, desde cedo, os norte-americanos compreendessem a possibilidade de produtos

** É salutar ressaltar que quando esta alteração de conteúdo da cláusula aconteceu, não havia teorizações acerca das diferenças das regras e princípios, e, portanto, não havia noção de plasticidade principiológica. O que se está a fazer é encaixar em uma teorização atual fatos ocorridos no passado, sem dizer que eles tenham ocorrido com consciência da *plasticidade* do princípio do devido processo legal. Neste item pretende-se tão só ilustrar a plasticidade do devido processo legal e de sua versão substantiva. Para isso, trar-se-á à tona, de modo bastante simplificado, alguns momentos de alteração de seu conteúdo e aplicação. Não se pretende, sobremaneira, explicar ou responder aos enigmas e impasses históricos, como o do surgimento da versão substantiva ou, por exemplo, o porquê (ou os porquês) do abandono quase total pela Suprema Corte do exame de razoabilidade da legislação econômica pós-1937. As situações e suas mudanças são descritas amplamente, jamais com o intento de apontar causas, bases históricas e conexões peremptórias acerca das transformações do *substantive due process of law*.

legislativos abusivos, arbitrários e desarrazoados, e, em vista disso, pensassem em sistemas de contenção e controle deste poder. Paulatinamente, à vazão em que se acomodava o *princípio* do devido processo legal noutra realidade espacial e a outro sistema constitucional, sua *razão abstrata* de *vedação das privações arbitrárias dos direitos de vida, propriedade e liberdade* foi sendo compreendida como garantia não apenas contra as arbitrariedades providas da inobservância dos procedimentos judiciais, ou oriundas dos atos executivos, mas também aquelas produto do conteúdo dos atos legislativos.* Dai que, nos Estados Unidos, pela forma de organização do poder esposada constitucionalmente, o *princípio* assumiu uma versão **substantiva** e outra **procedimental**, diferentemente da Inglaterra, cuja organização do poder rejeita a primeira.⁵⁸⁴ Esta variação na transposição do *princípio* para o sistema constitucional criado pelos norte-americanos exemplifica a variação espacial de seu sentido, também inserta na *plasticidade*. Também sugere que a *plasticidade* proporciona a expansão do *princípio* a novas necessidades de contenção do *arbitrário*, sendo responsável, juntamente com a *vagueza*, pela formulação da versão substantiva.

Os casos nos quais o devido processo legal substantivo teve sua *construção* iniciada e aplicada pela Suprema Corte, estudados nos capítulos anteriores, abraçam um longo lapso – quase um século e meio. Por isso, uma avaliação simples da argumentação dos *Justices* e dos resultados por eles obtidos na aplicação da *doutrina* do devido processo legal substantivo e seu cotejo tem o poder de demonstrar com clareza a *plasticidade* do devido processo legal substantivo. Alguns exemplos serão observados, a seguir.

No limiar da aplicação pretoriana do devido processo legal em sua faceta substantiva, o *Justice* Taney proferiu a *opinion* da Corte em *Dred Scott*.⁵⁸⁵ Atualmente, o argumento é lembrado como infamante, vergonhoso, entre outros adjetivos pejorativos. Em sua época também causou furor. O *Justice* Taney, entretanto, interpretou a Constituição com os moldes de razoabilidade nela introjetados pelos *framers* e de acordo com premissas federativas correntes à época. O *não arbitrário* e o razoável, expostos por ele nesse caso, eram os tradicionais na sociedade norte-americana; a legitimidade da escravidão era,

* Vide supra, capítulo I, subitem 1.1.2.

⁵⁸⁴ Vide supra, capítulos I e II, subitens 1.2.3 e 2.2.1, respectivamente.

⁵⁸⁴ Anote-se que no Brasil a doutrina e o STF têm admitido a aplicação do devido processo legal substantivo. Um dos motivos que possibilita a adoção desta versão do princípio no Brasil é a existência do controle jurisdicional de constitucionalidade, acompanhado, por evidente, de uma Constituição rígida e do princípio da Supremacia da Constituição, estruturas organizacionais ausentes na Inglaterra. Cf. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Op. Cit., SILVEIRA, Paulo Fernandes. Op. Cit., passim; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Op. Cit., passim; LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Op. Cit., passim; NERY JÚNIOR, Nelson. Op. Cit., p. 30 e ss.; BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. passim; STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. passim.

⁵⁸⁵ Cf. *Dred Scott v. Sandford*. 19 How. U.S. 614. Op. Cit.

até aquele momento, dominante, em que pese já existirem inúmeros movimentos abolicionistas. Para que essa concepção do razoável e do *arbitrário* manifestada em *Dred Scott* fosse alterada, necessária foi uma guerra civil, a qual ensejou uma reestruturação da ordem constitucional norte-americana, através de três Emendas ao texto constitucional.*

Nota-se que se apresentou um embate de idéias e *valores* que conduziram à produção de Emendas Constitucionais. A vitória de uns *valores* sobre outros e sua impressão em Emendas à Constituição tomou aquilo que foi considerado acorde com o devido processo legal substantivo em *Dred Scott* uma violação flagrante ao texto da Décima Terceira e da Décima Quarta Emendas. Neste momento, a própria intenção legiferante que acompanhava o devido processo legal cambiou, de acordo com estas novas concepções, e, o *princípio*, mantendo sua *razão abstrata*, foi canalizado por meio de normas constitucionais para contenção das arbitrariedades dos estados, angariando uma nova abrangência. Aqui, a *plasticidade* do *princípio* mostrou-se com intensidade, permitindo que ele continuasse a ser utilizado para vedar privações arbitrárias dos direitos de *vida, propriedade e liberdade*, mesmo que a compreensão daquilo que constitui o arbitrário tenha, literalmente, sofrido uma inversão total. Ou mesmo que seu campo de aplicação – dantes federal – tenha se estendido ao cenário dos estados, agora compreendidos como possíveis irradiadores de privações arbitrárias nos direitos de *vida, propriedade e liberdade*.

Mas não foi apenas a abolição da escravatura a consequência da Guerra Civil e das Emendas Constitucionais. O modo de produção também mudou, em conformidade com o ideário capitalista industrial dos estados nortistas. O modo de produção agora defendido dependia da valorização do sistema do livre mercado, da preconização da autonomia da vontade, da propriedade privada e da exploração do trabalho pelo capital e da sedimentação do liberalismo econômico e do *laissez faire*. Seguindo estas premissas fundantes do Estado Liberal, o devido processo legal substantivo foi interpretado e aplicado. Os atos governamentais tarjados de arbitrários, violativos do *princípio* eram, com parcas exceções, aqueles que restringiam a liberdade contratual ou a propriedade privada, ambos direitos hipervalorizados nesse sistema. Sobre essa fundação, construiu-se o conteúdo do devido processo legal substantivo econômico, ícone da *Era Lochner*. Com a Grande Depressão, o colapso do sistema de livre mercado tornou-se patente, vários setores da sociedade exigiam mudanças, escorados em diversas *teorias* sobre novas concepções das funções do Estado, da liberdade e da igualdade. Apesar da resistência dos *Justices*, esta novel compreensão do Estado sedimentou-se, ensejando o chamado Estado de Bem-Estar Social. Nele, o *status* da autonomia da vontade foi alterado, bem como a da liberdade e da função do direito de

* Vide supra, capítulo I, subitem 1.2.3; 1.3.1 e 1.3.2.

propriedade. O intervencionismo e dirigismo nos campos econômico e social exigidos por esse modelo de Estado inviabilizaram o significado de *intervenções arbitrárias* na liberdade contratual e na propriedade dantes aceito e aplicado. Os atos governamentais que na *Era Lochner* recebiam a tarja de irrazoáveis passaram a ser compreendidos como razoáveis e não arbitrários, a partir do caso marco *West Coast Hotel v. Parrish*.⁵⁸⁶ Desde então, o *princípio* não mais atuaria com tanta força no palco econômico e na defesa dos *ideais* do Estado Liberal, mas sua *plasticidade* teria o condão de ofertar-lhe possibilidades de atuação em novos rumos.^{**}

Como visto anteriormente, esses rumos foram apontados na nota de rodapé número quatro do *Justice Stone*, escrita no caso *Carolene Products*.⁵⁸⁷ Partindo da mesma *razão abstrata*, o *Justice Stone* alterou o foco de aplicação do *princípio*. Após negar-se a invocá-lo na seara econômica, ressaltou que ele poderia ser utilizado em outros setores, mormente na proteção de *minorias* étnicas, políticas, religiosas, e outras com dificuldade de participação nos processos públicos majoritários de tomada de decisão. Ou seja, reconhecendo um ponto defectivo nos processos majoritários, o *Justice Stone* anteviu a possibilidade da *razão abstrata* do *princípio* funcionar como um anteparo a essas debilidades. Da mesma forma, preconizou o uso do *princípio* para a tutela de algumas liberdades consideradas essenciais ao bom funcionamento dos processos públicos de tomada de decisão, como a de expressão, de associação, etc. Kelly e Harbison enlaçam esta posição do *Justice Stone* não apenas à passagem do Estado Liberal (ligado ao *substantive economic due process of law*) para o Estado de Bem-Estar Social (ligado ao *personal substantive due process of law*), mas também a uma tentativa de evitar privações (e, na ocasião, perseguições) arbitrárias de direitos de minorias por maiorias legislativas na forma que isto vinha acontecendo em partes da Europa, através da proliferação dos ideários hitlerianos e nazi-fascistas, estes minadores das organizações democráticas, com conotação totalitária e, por conseguinte, arbitrários. Então, fechadas as portas da seara economicista, pela queda do Estado Liberal, passou o *princípio*, sem alterar sua *razão abstrata*, a auxiliar no controle do nível de arbitrariedade das privações de direitos de *vida, propriedade e liberdade* de minorias insulares e à parte dos processos políticos, incentivando a tolerância e a pluralidade.⁵⁸⁸ Mais uma vez, percebe-se a acomodação do *princípio* a novas searas e a novos *preenchimentos*, sempre acompanhando as circunstâncias que envolvem sua aplicação.

⁵⁸⁶ *West Coast Hotel v. Parrish*. 300 U.S. 379 (1937). Cit.

^{**} Vide supra, capítulo II, subitens. 2.2.3; 2.3.1 e 2.3.2.

⁵⁸⁷ *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938) Cit.

⁵⁸⁸ Cf. KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p. 537. Por estes autores é muito trabalhado o período de ostracismo do *substantive due process of law*, época em que este princípio angariou graus de cumprimento abaixo do mínimo. As ligações deste fator com os fenômenos que se apresentavam na sociedade estadunidense – lei marcial, guerra, instabilidade da Guerra Fria – são comentadas. Vide p. 572 e ss.

A *plasticidade* do devido processo legal substantivo também é ilustrada com singular clareza nos casos que tocam na questão da autonomia e liberdades femininas, nos quais pode-se entrever, no correr do tempo, as diferentes formas de conceber o papel da mulher na sociedade norte-americana. Por exemplo, em *Bradwell v. Illinois*,⁵⁸⁹ deslindado em fins do século XIX, foi reputada compatível com o devido processo legal substantivo a vedação do ingresso de mulheres formadas em Direito na Ordem dos Advogados, com argumento fulcrado na fragilidade, na dependência e na naturalidade da profissão doméstica para as mulheres. Anos depois, em *Muller v. State of Oregon*,⁵⁹⁰ *Adkins v. Children's Hospital*⁵⁹¹ e em *West Coast Hotel v. Parrish*,⁵⁹² todos deslindados no período de discussão e conquista do espaço feminino na sociedade, as argumentações das *privações arbitrárias nas liberdades das mulheres* foram variantes. Atualmente, concebe-se como arbitrário o tolhimento do direito de escolha de realizar um aborto e qualquer manifestação de dependência feminina do marido para tomar esta decisão.⁵⁹³

Os próprios casos versando acerca do uso de contraceptivos e do aborto são exemplos da *plasticidade* do devido processo legal substantivo sob outro prisma. A arbitrariedade da privação da liberdade, na forma de *privacidade*, de usar ou não métodos anticoncepcionais apenas pôde ser verificada a partir da existência desses métodos, ou seja, o devido processo legal substantivo somente foi estendido a esse setor por ocasião do avanço da tecnologia farmacêutica e das técnicas médicas. Em *Roe v. Wade*,⁵⁹⁴ o avanço das técnicas médicas mostrou-se bastante importante para a determinação da arbitrariedade da criminalização da prática do aborto, isto porque os motivos que justificavam sua proibição à época da edição das leis já não mais se mostravam presentes e atuais. Em *Cruzan*,⁵⁹⁵ o devido processo legal substantivo foi chamado a atuar em uma nova seara, a da *morte digna*. Nos votos dos *Justices*, claro ficou que discussão similar não teria sido travada vinte anos antes, pelo simples fato de a situação ter ocorrido em decorrência dos avanços da Medicina, dos tratamentos e do aparelhamento de hospitais. Esses casos exemplificam as evoluções tecnológicas impulsionando o *princípio* para diferentes áreas, exemplificam a não-construção do *princípio* a situações pré-estipuladas em sua origem, mas sua possibilidade de expansão. Parafraseando o *Justice Holmes*, a *velha fórmula* recebeu novos teores.

⁵⁸⁹ *Bradwell v. Illinois*. 16 Wallace 131 (1873). Cit.

⁵⁹⁰ *Muller v. Oregon*. 208 U.S. 412 (1908) Cit.

⁵⁹¹ *Adkins v. Children's Hospital*. 261 U.S. 525 (1923) Cit.

⁵⁹² *West Coast Hotel v. Parrish*. 300 U.S. 379 (1937) Cit.

⁵⁹³ *Planned Parenthood v. Danforth*. 428 U.S. 521 (1976) Cit.

⁵⁹⁴ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973) Cit.

⁵⁹⁵ *Cruzan v. Director, MDH*. 497 U.S. (1990) Cit.

A *plasticidade* do devido processo legal substantivo torna-se explícita por meio deste simples rememorar de alguns pontos de sua trajetória. No entanto, mister se faz aduzir que existe um fator que corrobora para sua *plasticidade* – *construção* do argumento concretizador do *princípio* de acordo com as circunstâncias temporais e espaciais que circundam a sua aplicação – o fato de ele ser uma garantia a outros *princípios gerais*, a *liberdade*, a *vida* e a *propriedade*. Esses são *princípios genéricos*, que expressam Direitos Fundamentais. Nenhum deles é entendido em sentido estreito, mas em acepção lata, cada um deles abarcando especificações. Por exemplo, a liberdade protegida pelo devido processo legal é um *princípio vago* e dotado de *plasticidade*. Na determinação de sua vagueza, desdobra-se em várias, de expressão, de associação, de imprensa, de privacidade, desdobramentos esses que podem ou não estar inscritos no texto constitucional (liberdades *emumeradas* ou *não enumeradas*, estas “um *contínuo racional*”⁵⁹⁶ da *genérica*). Como *princípio*, a liberdade – tanto *genérica* como suas especificações – tem uma *razão abstrata* constante, mas seu conteúdo apenas pode ser determinado em atenção às circunstâncias espaciais e temporais.

Este caráter dos direitos de *vida*, *propriedade* e *liberdade* não lhes é exclusivo. Pertence aos Direitos Fundamentais, que possuem a marca da *historicidade*.⁵⁹⁷ À medida que as sociedades evoluem, que mudanças sociais, políticas, econômicas se apresentam, novos direitos surgem, como também novas leituras para *velhos* direitos. Tem-se, daí, que os Direitos Fundamentais apresentam *dimensões*,⁵⁹⁸ vão aumentando seu rol e se renovando no acompanhamento das necessidades trazidas pelas mutações sociais. Ora, se a *razão abstrata* do devido processo legal substantivo traduz-se na *vedação de privações arbitrárias dos direitos de vida, propriedade e liberdade*, se se afirma que o devido processo legal substantivo é *princípio-garantia*, dotado de *plasticidade*, destes *princípios* que enunciam Direitos Fundamentais e são também dotados de *plasticidade*, claro se torna que as variações espaço-temporais do significado do devido processo legal substantivo não se dão isoladamente, movidas tão-somente em sua

⁵⁹⁶ *Poe v. Ullman*. Voto dissidente do Justice Harlan. 367 U.S. 497 (1961) Cit.

⁵⁹⁷ O termo *historicidade* dos Direitos Fundamentais é utilizado por Norberto Bobbio. Sobre este tema, vide: BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. passim.; BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1987. passim; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38 e ss.

⁵⁹⁸ Adota-se uma posição corrente entre os constitucionalistas e estudiosos dos Direitos Fundamentais e seguida por Norberto Bobbio. Como os Direitos Fundamentais possuem *historicidade*, isto é, acompanham as mudanças e transformações sociais, novos direitos surgem, respondendo a novas situações e necessidades. No histórico dos Direitos Fundamentais, vislumbram-se três grandes momentos, o primeiro no triunfo das Revoluções Burguesas (inglesa, americana e francesa), cujo primado fundamental era a liberdade. O segundo, ocorrido na primeira metade do século XX, por ocasião da questão social, cujo primado era a inserção do princípio de igualdade ao lado do de liberdade. O terceiro, iniciado nas últimas décadas do século XX e ainda caminhando neste século, cujo primado são as questões coletivas, transindividuais e até mesmo globais. Estes momentos correspondem, respectivamente, a primeira, segunda e terceira dimensões de Direitos Fundamentais. Neste trabalho, seguindo o escólio de Ingo Wolfgang Sarlet, optou-se por usar o termo *dimensões*, a fim de evitar uma confusão que

interpretação em relação com os fatos em local e tempo determinados. As variações nas concepções de *vida, propriedade e liberdade* comunicam-se ao devido processo legal substantivo. Alterando-se o significado de uma liberdade, como a de expressão, altera-se também a atuação do *princípio garantia* em relação a ela, de modo que o que se compreendia por *privação arbitrária* desta liberdade em uma época, pode não mais sê-lo em outra.⁵⁹⁹ Quando se altera a concepção de um direito garantido pelo devido processo legal substantivo, ou mesmo quando este direito se contrai por colidir com outro pertencente à dimensão diversa, a determinação do significado da garantia, sem prejuízo de sua *razão abstrata*, alterar-se-á também.⁶⁰⁰

pode ser gerada pelo emprego de gerações. Sobre o tema: BOBBIO, Norberto. *A Era...* Op. Cit., passim.; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 38 e ss.

⁵⁹⁹ As variações do significado da liberdade e sua relação com as do conteúdo do *substantive due process of law* podem ser vistas em diversas passagens dos capítulos anteriores. De início, era compreendida apenas como liberdade física – em oposição a encarceramento e proibição de movimentação – período em que o princípio foi mais usado como inerente aos processos judiciais, ou a atos executivos, quando o rei possuía a prerrogativa de encarcerar. Na aceitação da versão substantiva do *due process of law*, o Justice Field elaborou uma definição bem mais ampla de liberdade, possibilitando a expansão do *princípio*. Durante o Estado Liberal, a liberdade possuía um significado negativo, aliado às premissas economicistas caracterizadoras desse modelo de Estado. Com sua queda, a liberdade assumiu um significado afirmativo, desprendendo-se um pouco da identidade economicista, para abranger campos da autonomia, pluralidade, expressão, associação, consciência, privacidade, já antevistos em um conceito formulado em *Meyer v. Nebraska*. Consultem-se os conceitos de liberdade em: *Allgeyer v. Louisiana*. 165 U.S. 578 (1897) Cit.; *Slaughter House Cases*. 16 Wallace 36 (1873) Cit.; *Meyer v. Nebraska*. 262 U.S. 390 (1923). Cit.; *Poe v. Ullman*. 367 U.S. 497 (1961). Cit.

⁶⁰⁰ Como a Constituição dos EUA não traz um rol de direitos de segunda ou de terceira dimensões, o *due process of law* é aplicado para evitar privações oriundas de ações estatais nos direitos de primeira dimensão. Raramente atua contra privações oriundas de omissões estatais ou mesmo de ações restritivas de direitos de segunda dimensão. Esta acepção do princípio é acorde com o texto constitucional, e o controle de razoabilidade e não-arbitrariedade das omissões legislativas e executivas pouco terreno tem naquele país, apesar da figura do *juiz como legislador para o bem-estar social* ser identificada em alguns setores, o mesmo valendo para ações restritivas de direitos de segunda dimensão. Em contrapartida, no Brasil, a CF/88 traz um extenso rol de Direitos Fundamentais de segunda dimensão, anunciando, até mesmo, alguns de terceira dimensão. Em resposta, existe aqui a possibilidade do controle de constitucionalidade das omissões legislativas, através da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção e também o controle das ações restritivas destes direitos. A questão que se põe, então, é a possibilidade de aplicação da *razão abstrata* do devido processo legal substantivo para privações de direitos de segunda dimensão produto da inação/omissão estatal, ou da ação constritiva. Na redação do inciso LIV, tem-se o termo *bens*. Conforme já explicitado, este termo pode englobar a vida e a propriedade. Mas pode, também, ir além. A diferença redacional pode levar ao entendimento de que o termo *bens* encampa também os direitos de segunda dimensão expostos no texto constitucional, e que a privação destes – normalmente operadas por meio de omissões e não de ações estatais – autorizam a aplicação do *princípio*. Deste modo, o *princípio* receberia novos campos de atuação em solo brasileiro. Dois autores pátrios que estudaram este *princípio* trabalharam com esta perspectiva. Um deles, como Juiz Federal em Minas Gerais, relatou em seu livro algumas aplicações que dele fez para evitar privações arbitrárias à saúde das pessoas. Ele interpretou a saúde como conectado indissolivelmente à vida. Suas aplicações deram-se tanto no sentido de atacar ações, que ocasionavam privações arbitrárias, bem como omissões. No primeiro grupo: a) concessão de “*centenas de liminares*” em MS para liberar Cruzados retidos por ação “*ilegal e arbitrária*” do Governo Collor, necessários à manutenção da vida e da saúde dos correntistas. No segundo grupo: a) determinação de liberação do FGTS para pessoa em estado terminal de câncer, na época situação sem previsão legislativa; b) deferimento de liminar em MS para que o INAMPS e o SUS importassem do exterior medicamentos específicos para o tratamento de uma criança. Sérgio Fernando Moro, por seu turno, compreendendo as “*barreiras para a atuação do Judiciário nessa seara*”, pois a “*(...) realização de direitos sociais depende da presença de determinadas condições objetivas que não podem ser supridas, no mais das vezes, pelo juiz(...)*”, não sugere que os juízes se alcem ao posto de legisladores dos direitos sociais, suprimindo omissões, mas que estes procurem reconhecer privações arbitrárias nestes direitos quando a norma constitucional for suficientemente densa e uma lei infraconstitucional regulamentadora do direito o restringir (ação), ou mesmo quando uma nova lei regulamentadora (ação) restringir o direito já concedido pela anterior. A fim de reduzir a margem de arbitrariedade nas ações restritivas de direitos sociais, este autor sugere que estas restrições sejam submetidas ao teste da razoabilidade com escrutínio estrito e com a inversão da presunção de constitucionalidade. Cf. TRIBES, Laurence. *American...* Op. Cit., especialmente o capítulo que trata da *state*

Em suma, pode-se afirmar que o devido processo legal substantivo mantém uma *razão abstrata* constante, *proíbe privações arbitrárias dos direitos de vida, propriedade e liberdade pelos poderes de estado, mesmo que se tenha observado os ditames de justiça procedimental, permitindo ao Poder Judiciário revisar o conteúdo dos atos normativos dos demais poderes*. No entanto, aquilo que foi arbitrário e desarrazoado ontem poder ser o razoável e o não-arbitrário de hoje. Isto é, o que é *arbitrário* ou não só adquire sentido dentro de um contexto temporal e espacial específico, em situações delineadas. Variando os contextos e as situações, varia também a concepção de arbitrário. Variando esta, varia também o preenchimento da *razão abstrata* do devido processo legal substantivo. Essa variação configura a *plasticidade* do *princípio*. E mais, o *arbitrário* e o *desarrazoado* diante do devido processo legal substantivo só podem ser determinados se se determinar antes o conteúdo do direito, também *plástico*, que ele protege.⁶⁰¹

É imperioso ressaltar que as mudanças e oscilações no preenchimento da *razão abstrata* do *due process of law* não ocorreram, na maioria das vezes, por obra de mera subjetividade dos intérpretes da Constituição, nem por flutuações das maiorias no seio da Corte. Quer dizer, não foram *invenções* ou *'achismos'* dos *Justices*. Tampouco foram determinadas pelos ditos dos fóruns majoritários de determinação de políticas públicas. Como se viu, a maior parte delas refletiu alterações profundas vivenciadas em diversos aspectos e setores da sociedade norte-americana, e respondeu a momentos de transformação e evolução significativos. Em cada uma dessas alterações e desses momentos, em cada um dos fatores desencadeantes de alterações no preenchimento da *razão abstrata* do devido processo legal substantivo, mostrou-se presente uma significativa mudança nos *valores* e *conceitos* fundantes da compreensão de algum tema ou setor. Ou seja, cada um deles representa, a seu modo, um novel conceber *valorativo*, seja da função do Estado, seja dos papéis das mulheres ou dos negros na sociedade, seja do *conceito* de *liberdade* ou de *democracia*. Lado a lado dessas diferentes hierarquizações *valorativas* ou mesmo dessas substituições de alguns *valores* por outros, o *princípio* adequou-se, demonstrando sua plasticidade, sem se confundir, no entanto, com a voz da maioria da comunidade política ou da maioria da maioria, expressa nos legislativos ou com o pensar dos agentes do Executivo. Ao contrário, o devido

action, p. 1691-1693; MORO, Sérgio Fernando. **Legislação Suspeita?** Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei. Curitiba: Juruá, 1998, p. 77-81; SILVEIRA, Paulo Fernandes. Op. Cit., p. 232-233.

⁶⁰¹ Pode-se exemplificar esta diferença cotejando a determinação do razoável de acordo com o *substantive due process of law* em um tema específico na sociedade norte-americana e na sociedade brasileira. Lá, desde 1973 as leis criminalizadoras do aborto são compreendidas como atentatórias ao *princípio*, como uma privação arbitrária na liberdade de decidir entre ter ou não ter um filho, integrante do *direito não enumerado* de *privacidade*. No Brasil, embora o direito de *privacidade* esteja elencado na CF/88, os tribunais não tarjaram de desarrazoada, e portanto de não recepcionada pela CF/88, a norma do CP que criminaliza a prática do aborto quando a vida da gestante não está em jogo ou quando a gravidez não é

processo legal, apesar de possuir conteúdo cambiante, funciona como um protetor dos direitos de *vida, propriedade e liberdade* contra as *paixões majoritárias momentâneas ou de interesses privatísticos dos exercentes do poder*.

Então, nota-se que a constância da *razão abstrata* do devido processo legal substantivo não prejudica a *plasticidade* desta versão do *due process of law*. Aliando a *razão abstrata* à *plasticidade*, tem-se a seguinte formulação: *o devido processo legal substantivo é um princípio-garantia constitucional, concretizador do devido processo legal genérico, que proíbe privações arbitrárias e desarrazoadas dos direitos de vida, propriedade e liberdade das pessoas, privações estas advindas do conteúdo das leis e dos atos executivos e das fundamentações das decisões judiciais, não importando quão razoáveis tenham sido os procedimentos empregados na aplicação dos atos constritores pelo órgão judicante, autorizando, assim, o Poder Judiciário a controlar a razoabilidade de tais atos normativos, sendo que razoabilidade a ser aferida não possui um conteúdo estanque e fixo, nem se confunde com as paixões majoritárias momentâneas*.

4.2 FUNÇÃO DA VERSÃO SUBSTANTIVA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Estudadas as características principiológicas quantitativas do devido processo legal substantivo, sua *razão abstrata* e a relação desta com a *plasticidade*, parte-se para este novo tópico, que tem por objetivo examinar a *função* da faceta substantiva do *princípio*. O estudo da *função* do devido processo legal substantivo será empreendido após o apreço das distintividades qualitativas entre *princípios* e *regras* constitucionais (subitem 4.2.1), uma vez que a *função* prioritária do devido processo legal substantivo liga-se diretamente a uma destas distinções – a forma de solução de conflitos entre *princípios* constitucionais. A seguir, examinar-se-á propriamente a *função* do devido processo legal substantivo, qual seja, auxiliar na solução de conflitos entre determinados *princípios* constitucionais (subitem 4.2.2). Como esta *função* do devido processo legal substantivo leva-o a atuar no cerne de embates entre alguns *valores* constitucionalmente admitidos ou resguardados, ela é prenhe de conseqüências e efeitos sobre o controle de constitucionalidade e sobre o papel do Poder Judiciário nos Estados que adotam tal controle. Por isso, serão traçadas algumas linhas levantando estes efeitos e colacionando posicionamentos – tanto defesas quanto críticas - de alguns doutos e *Justices* acerca deles (subitem 4.2.3).

decorrente de estupro. Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Op. Cit., art. 5º. BRASIL. Dec. Lei nº 848 de 07/12/1940. **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, artigos 124 a 128. *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). Cit.

4.2.1 NOTAS SOBRE A FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS E ENTRE REGRAS

Os *princípios* são cumpridos em *graus* e não admitem aplicação *mecânica*, enquanto as regras são cumpridas *no tudo ou nada* e admitem aplicação mecânica. Estas são distinções qualitativas entre os *princípios* e as *regras*, e significam, respectivamente, que os *princípios* são compatíveis com diversos níveis de concretização, dependendo de questões jurídicas, de fato e de circunstâncias espaço-temporais, e que esses níveis de concretização não são determinados a partir de silogismos que conduzem a uma conclusão lógica que se sobrepõe às demais. As regras, por sua vez, admitem um único nível de concretização, ou são cumpridas de todo, ou não o são. A aplicação das *regras* é objetiva e obedece a ditames de lógica dedutiva.⁶⁰²

Isso ocorre porque os *princípios* caracterizam-se por expressar *valores societários fundantes*, que simbolizam os ideais de uma organização política, que deles imprescinde: “(...) o sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos”.⁶⁰³ Os valores enunciados pelos *princípios* constitucionais são aqueles considerados elementares quando o poder constituinte originário elabora sua obra. Eles não apenas escoram, apoiam e inspiram as decisões políticas fundamentais tomadas por este poder, mas ganham espaço no texto constitucional e nele penetram, ficando expressos como *superiores*, e, traduzidos em *normas constitucionais*, perpetuam-se, vinculando todos os poderes organizados a partir da feitura da Constituição. São, pois, *valores* que exprimem opções políticas básicas de uma sociedade, aos quais essa sociedade, enquanto perdurar sob a formulação constitucional que os abarcou, estará presa e vinculada.

⁶⁰² Um exemplo que Ronald Dworkin utiliza é bastante elucidativo e, quanto à regra, remonta a uma comum à Constituição norte-americana e à brasileira. Será, por isso, tomada de empréstimo a enunciação geral de Dworkin para exemplificar estes característicos diferenciais entre regras e princípios. Uma regra constitucional enuncia que o presidente da República deve ter trinta e cinco anos completos. Sua aplicação é objetiva e silogística. Só pode ser presidente alguém com mais de trinta e cinco anos de idade. Não há admissão de graus de cumprimento desta regra. Esta norma aplica-se *no tudo ou nada*. Como é constitucional, produto do poder constituinte originário, não pode o Tribunal (ou a Corte) constitucional tarjá-la de inconstitucional (a tese da inconstitucionalidade das normas constitucionais formuladas pelo poder constituinte originário não foi acatada nem nos EUA nem no Brasil). É necessário, porém, um alvitre: dizer que as regras não são cumpridas em graus não é o mesmo que dizer que elas admitem uma única interpretação, elas podem receber interpretações distintas, mas qualquer uma delas apresentará aplicabilidade *in all or nothing fashion*. Já a *equal protection*, como princípio, não se sujeita a idênticas características. Ela é um *princípio* bastante vago, sem ter sido enunciada com aplicabilidade concreta direta. Terá aplicabilidades diversas, apresentará um sem-número de formulações concretizantes, dependendo da situação, dos fatos, do direito. Ela poderá ser cumprida em graus distintos, admitindo, em alguns casos, justamente o trato diferenciado para angariar a igualdade. Não basta para que se verifique seu cumprimento que seja elaborado um silogismo, pois este irá capitular, ou ofertar conclusões que desvirtuem completamente o *princípio*. Vide: DWORKIN, Ronald. *Freedom's...* Op. Cit., p. 8-9.

⁶⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. Cit., p. 1089. DWORKIN, Ronald. *Los derechos...* Op. Cit., p. 234 e ss.

Justamente por expressar *valores* e *ideais* de uma dada organização política, os *princípios* não são cumpridos em moldes absolutizantes, em um tudo ou nada, mas em graus. Cada um deles comporta diversos patamares de concretização, sempre em busca da compleição do *ideal* que exprimem. Tal gradação em seu cumprimento pode variar desde um nível ótimo (faticamente inatingível) até um mínimo, o qual não pode ser ultrapassado, sob pena de exclusão do *princípio* da ordem normativa em que se insere. Dois fatores contribuem essencialmente para isto. Primeiro, nas sociedades plurais, diversos *princípios* são enunciados, os quais, por vezes, traduzem *valores* que convivem conflitivamente, passíveis de choques mútuos. Segundo, porque circunstâncias fáticas e reais podem minar a possibilidade de cumprimento ótimo dos *valores* apostos nos *princípios*, ou fazer aflorar com maior força e *peso* algum *princípio* em relação a outro.

Quando *princípios* (e os *valores*, *ideais* e *interesses* que eles carregam em si) entram em choque, não se exclui um ou outro do ordenamento, como se faz com as regras. Havendo um conflito entre *princípios* e *valores* constitucionalmente explícitos ou implícitos, este não será solucionado pela exclusão de um dos *valores* em jogo, mas pela *ponderação* de qual dos *valores* deverá receber maior *peso* diante dele. Assim, a gradação de cumprimento de um será modulada com a do outro. Um deles, para a questão determinada que é pano de fundo do embate, apresentará um *peso* maior, e portanto cumprimento em grau maior, enquanto o outro, o que apresentar *peso* menor, cederá espaço e receberá um cumprimento em grau menor. Esta tarefa de verificar até que ponto, diante de uma questão que os ponha em choque, um *princípio* pode ceder a outro é uma exigência constitucional, atrelada ao princípio da unidade da Constituição e à noção de limites ao poder, e deve ser empreendida pelos três poderes de Estado, fundamentalmente pelo Legislativo e pelo Judiciário.

A *ponderação* entre *princípios* não é uma atividade mecânica, apta a ser realizada por meio de silogismos e de lógica dedutiva, pois ela é elaborada entre *valores* e *interesses*, conduzindo a uma escolha entre *valores conflitantes*, não havendo *fonte dedutiva maior*.⁶⁰⁴ Não há como *provar* estas escolhas em um plano silogístico, calcado na dedução; a matematização e a exatidão não são possíveis quando se está tratando com *valores*, uma vez que estes, por si só, fogem à lógica e remontam a *sentimentos*, a *ideais* *morais*, *ideais* *políticos* que dificilmente angariam um acordo de significado distante de *cargas afetivas*.⁶⁰⁵ No que tange ao plano constitucional, escolher entre *princípios* conflitantes é optar entre *políticas públicas* diferenciadas, haja vista que o privilégio de um *princípio* (e de um *valor*) em

⁶⁰⁴ PERELMAN, Chäim. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p.168 e ss.

⁶⁰⁵ Vide: PERELMAN, Chäim. Op. Cit., p.6; 40-42; 58-59; 186-188.

detrimento de outro determina uma forma de *conformação* e de *concretização* da Constituição, na maioria das vezes em tensão ou antagonismo com a forma de *concretização* que seria operada se se privilegiasse o outro *princípio*.

4.2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO: AUXILIANDO NOS CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS

O devido processo legal substantivo apresenta estas questões do cumprimento em graus dos *princípios* e da impossibilidade de resolução de conflitos entre *princípios* por meio de lógica dedutiva. Porém, ele não ilustra essas situações pelo só fato de ser um *princípio* constitucional, mas porque sua forma de atuação é justamente a verificação da razoabilidade de uma *escolha valorativa* em certos conflitos principiológicos e *valorativos*. O cerne do devido processo legal substantivo consiste em *dosar*, em *sopesar*, em *ponderar* até que ponto, até que *grau* os motivos expostos pelo poder público para empreender uma privação dos *bens* e das *liberdades* das pessoas justificam-na, em que medida ela será razoável. Explica-se:

Tome-se, inicialmente, a *razão abstrata* do devido processo legal substantivo: *proibir privações arbitrárias e desarrazoadas dos bens e das liberdades pelos poderes de Estado através de atos normativos produzidos majoritariamente ou de aplicações destes atos, mesmo que tenham sido observados os ditames de justiça procedimental na produção e aplicação destes, permitindo ao Poder Judiciário revisar-lhes o conteúdo*. Se esta *razão abstrata* for destrinchada, ver-se-á que o *princípio* proíbe que determinados *valores* sejam suprimidos, em nome de outros, em um grau arbitrário ou desarrazoado.

De um lado, estão os *bens* e as *liberdades*, expressos, no mais das vezes, sob a forma de *princípios* constitucionais. Estes direitos representam *valores nucleares* em uma ordem constitucional, e atuam, ao lado de outros Direitos Fundamentais, como força motriz da função do Estado que é organizado a partir da feitura de uma Constituição. O *rol* dos Direitos Fundamentais expostos em uma Constituição faz conhecer os *valores* que motivaram a formação de um Estado, cuja função prioritária será a proteção e a concretização desses valores. À proporção que consegue realizar a função *concretizadora* e *protetora* dos *valores* expressos pelos Direitos Fundamentais, o Estado legitima-se. No entanto, os bens e as liberdades não são Direitos Fundamentais absolutos, mas passíveis de restrições e modulações pelo poder público, que recebe poderes da Constituição efetuar tais constrições.

Então, de outro lado, quando o poder público utiliza-se desses poderes, surgem os atos normativos que restringem ou modulam os bens e as liberdades. Tais atos são produzidos para *concretizar*, direta ou indiretamente, determinados *princípios* (*valores*) constitucionais e, neste intuito de *concretizar* algum *valor* constitucionalmente implícito ou explícito, pode exsurgir a necessidade de

cerceamento dos *bens* ou das *liberdades* (ou de um *bem* e de uma *liberdade*). Acontece, então, o choque entre *valores*, que pode se apresentar como um choque entre dois Direitos Fundamentais, em que a *concretização* de um implica a constrição de outro, ou um choque entre um *bem* e uma *liberdade* e outro *valor* aceito constitucionalmente. Os legislativos são normalmente os encarregados desta *escolha* entre *valores*, apontando genérica e abstratamente o prevalente em um dado tema, embora os executivos também operem essas escolhas entre *valores*. Os legisladores, ou os agentes do Executivo, ao produzirem um ato normativo que cerceie *bens* ou *liberdades*, empreendem uma escolha a favor de outro *valor*, por reputarem-no, para certo tema, de maior *peso* que o constricto.

O devido processo legal substantivo visa impedir que a opção valorativa feita pela poder público constrija e diminua graus de concretização de alguns *valores nucleares* (*bens* e *liberdades*) de modo desarrazoado ou arbitrário, ou seja, em nome de outros *valores* que não se mostrem constitucionalmente aceitos, ou que não guardem relação alguma com o cerceamento e sejam usados para fazê-lo, ou que não possuam *peso* suficiente para justificar uma constrição. Assim sendo, ele entra em cena para permitir que o Poder Judiciário revise a *escolha valorativa* operacionalizada pelos demais poderes, ou pelo próprio Poder Judiciário ao fundamentar uma decisão constritiva dos *bens* ou das *liberdades*, a fim de verificar a sua adequação ao sistema de *valores* esposado na Constituição. Indaga-se, então, como os juízes realizam esta averiguação.

Para abordar esta interrogação, convém lembrar que este conflito entre *valores* e a razoabilidade da *escolha valorativa* feita pelo poder público não admitem uma resposta *in all or nothing fashion*, fulcrada em lógica dedutiva. A atuação do devido processo legal substantivo não se dará nessas formulações. Ele requer que a privação de um *bem* ou de uma *liberdade* pelos agentes governamentais ocorra de modo razoável e não arbitrário, em nome de *valores* constitucionalmente aceitos que, em certo tópico, mostrem-se de maior *peso* que aqueles. O poder de constriuir direitos protegidos pelo devido processo legal existe e é formulado no texto constitucional. O que tem que ser respondido através do devido processo legal não é simplesmente se houve ou não privação (algo do estilo: se um ato normativo privar pessoas de um direito tutelado pelo devido processo legal será inconstitucional, ao passo que se o ato não exercer privação será constitucional). Não é esta a resposta exigida pelo devido processo legal, uma vez que ele admite que exista privação de direitos, desde que seja razoável e não arbitrária. Isto é, privação em um grau aceito pelo *princípio*, em um *quantum* não agressivo aos ditames do razoável. O grau de cerceamento razoável aceito pelos *valores* protegidos pelo devido processo legal só poderá ser verificado em comparação com o *valor* que constitui o motivo de sua constrição, através de uma *ponderação de valores*. É esta a questão central ensejada pelo devido processo legal substantivo.

O Poder Judiciário, controlando a constitucionalidade das restrições, penetrará no núcleo do choque *valorativo*, avaliará cada um dos *valores* em conflito isoladamente e depois, se for o caso, compará-los-á e sopesá-los-á. Primeiro, conferirá se o *valor* constricto é efetivamente um *valor* sob tutela do devido processo legal, isto é, se é englobado pelos termos *bens* e *liberdade* que o *princípio* resguarda. Se o *valor* constricto não se enquadrar, o devido processo legal não poderá ser o *princípio* autorizador do controle de constitucionalidade da *escolha valorativa*. Se se enquadrar, parte-se para a avaliação do *valor* que motivou a constrição. Este *valor* deverá ser constitucionalmente aceito e possível, isto é, o sistema de *princípios* forjado na Constituição deve ser capaz de abarcá-lo. Se o *valor* não se coadunar absolutamente ou não puder conviver no sistema constitucional, ele não será hábil a ensejar uma constrição dos direitos sob tutela do devido processo legal. No entanto, se o *valor* que embasa o ato normativo constrictor for compatível com a Constituição, o choque permanecerá, sendo necessária nova etapa, que se constituirá do exame conjunto dos *valores* contrapostos, a ponderação e o *balancing* entre eles, para verificar se um motiva a diminuição no grau de concretização do outro.

Quando são rememorados alguns casos decididos através do devido processo legal substantivo, a ocorrência dessas *ponderações valorativas (escolhas valorativas)** torna-se facilmente compreensível. Em *Holden v. Hardy*,⁶⁰⁶ discutiu-se uma *ponderação valorativa* realizada por um órgão legislativo estadual que, diante do choque entre o *valor* liberdade contratual e os *valores* saúde e moral dos mineiros, conferiu maior *peso* a estes, diminuindo o grau de concretização daquele. A Suprema Corte, chamada a revisar a *escolha valorativa*, analisou a aceitação constitucional dos *valores* em choque, levantou as questões de fato e as circunstâncias que envolviam a escolha do legislador e concluiu que, para a profissão de mineiro, os *valores* saúde e moral dos trabalhadores, possíveis constitucionalmente, justificavam o grau de intrusão governamental representado pela lei no *valor* liberdade contratual. Dessa forma, ao *ponderar valores*, tomou a mesma posição que o órgão legislativo, considerando a lei constitucional. Já em *Lochner v. New York*,⁶⁰⁷ a *escolha valorativa* feita pela Suprema Corte não foi a mesma do Legislativo nova-iorquino. Este, confrontado com o choque entre o *valor* liberdade contratual e os *valores* saúde e moral dos padeiros, imprimiu maior *peso* aos segundos, limitando o grau de concretização do primeiro. A Corte, passando em revista a *escolha valorativa*, considerou todos os *valores* aceitos constitucionalmente, mas não concordou que a promoção da saúde e da moral dos padeiros estivesse presente a ponto de motivar uma constrição no grau de concretização da liberdade

* Anota-se que neste trabalho os termos ponderação de valores, ponderação de interesses, escolha valorativa e escolha de interesses são usados como sinônimos, todos intercambiáveis entre si.

⁶⁰⁶ *Holden v. Hardy*. 169 U.S. 366 (1898). Cit.

⁶⁰⁷ *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905). Cit.

contratual. Sopesando os *valores* em jogo, a Corte não tomou por razoável a *escolha valorativa* expressa pela lei, inconstitucionalizando-a.

Ao controlar a constitucionalidade das *escolhas valorativas* que conduziram à produção de atos normativos privadores dos *bens* e das *liberdades*, o Poder Judiciário empreendeu uma autêntica “*medida de valor dos atos legislativos*”.⁶⁰⁸ Ele não decidiu sobre que *tipos* de poder estão autorizados pela Constituição para o exercício de *privações* dos *bens* e das *liberdades*, mas labutou com *graus* de utilização desses *tipos* de poder. Assim, “*O que os juízes fazem não é mais distinguir entre tipos de poder (estadual ou federal) baseados em implicações da linguagem constitucional e no ‘assunto tratado’ da provisão em exame. Mais exatamente, os juízes determinam o grau de poder que é apropriado aos estados possuir em relação a diferentes assuntos*”.⁶⁰⁹ Ele não trabalhou unicamente com quais *valores* a Constituição admite ou não, mas com *valores* constitucionalmente aceitos, escolhendo entre eles, atribuindo *peso* maior a um ou a outro diante de certas circunstâncias. Laurence Tribe reconheceu essas *escolhas valorativas* que os juízes realizam, dizendo-as legítimas à função judicial: “*Casos como Lochner não podem ser descritos como usurpações judiciais ilegítimas meramente porque a Suprema Corte estava empreendendo escolhas valorativas substantivas: é difícil imaginar uma abordagem séria de interpretação de termos vagos como ‘liberdade’ ou ‘propriedade’ na qual não sejam realizadas escolhas entre valores*”.⁶¹⁰

Essas decisões que envolvem questões de *graus* e *escolhas valorativas* que os juízes empreendem ao empregar normatividade à *razão abstrata* do devido processo legal substantivo são tarefas tipicamente *legislativas*, que contêm elementos *volitivos* e não meramente *interpretativos*. Como a Constituição não responde particularizadamente sobre qual *valor* deve prevalecer em um tema, os juízes

⁶⁰⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte...** Op. Cit., p. 96.

⁶⁰⁹ Esta afirmação foi feita para explicar a atuação da *cláusula do comércio*, mas pode, sem prejuízo de seu sentido, ser trasladada para o *due process of law*, momento quando se tem em conta que Christopher Wolfe está explicando o agir dos princípios constitucionais no interregno da Era *Transicional*, quando apenas o *due process of law* e a *cláusula do comércio* receberam leituras efetivamente principiológicas. É importante trazer à tona que Wolfe está comentando, também, um exemplo fornecido pelo *Justice* Holmes, quando este ilustra o sentido da distinção entre *graus* de utilização de um poder e não entre *tipos* de poder da seguinte forma: o *Justice* Marshall, reconhecendo que o Poder Legislativo tem o poder de tributar constitucionalmente assegurado, afirmou que o poder de tributar é o poder de destruir, concluindo que o Poder Judiciário não poderia negar este poder ao legislador. Então, possuindo este, poderia o legislador usá-lo, mesmo que destruísse alguma atividade comercial, ou que tomasse toda a propriedade. Holmes discordou desta afirmação, salientando que há *graus* mínimos e máximos de utilização do poder de tributar, que variarão de acordo com as circunstâncias. Havendo abuso, utilização do poder em um grau excessivo, pode o Judiciário revisá-lo, não cabendo distinguir apenas entre a existência ou não do poder de tributar. “*What judges do is no longer to distinguish kinds of power (state or federal) based on the implications of constitutional language and the ‘subject matter’ of the provision at issue. Rather, judges determine the degree of that power that is appropriate for states to have in regard to different subjects.*” WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 245 e ss.

⁶¹⁰ TRIBE, Laurence H. **On reading...** Op. Cit., p.66. “*Cases like Lochner cannot be described as illegitimate judicial usurpations merely because the Supreme Court was making substantive value-choices: it is difficult to imagine a*

terão de olhar para outras fontes, externas ao texto e às intenções daqueles que o produziram. Quaisquer que sejam estas fontes externas, a *escolha valorativa* será equivalente à determinação de uma *política pública* na área, e assim os juízes estarão *legislando*.⁶¹¹ Quando sopesam valores, os juízes preenchem espaços para os quais a Constituição não fornece resposta explícita, e sua tarefa se torna algo mais do que esclarecer as palavras do texto constitucional e o significado das intenções dos legisladores constitucionais. Eles estão suplementando estas palavras e intenções, desenvolvendo-as, com uma *vontade* isolada e independente. Este largo poder é da *natureza* da atividade jurisdicional, embora não constitua o cotidiano dos juízes, que é composto de tarefas interpretativas, porém é a tarefa de mais alta magnitude que os juízes realizam.⁶¹² É aqui que se compreende porque o devido processo legal substantivo impulsiona não apenas o controle de constitucionalidade, mas também os juízes ao *ativismo*, uma vez que a *escolha valorativa* que sua aplicação conduz os juízes a realizar implica determinações de políticas públicas, conduz ao exercício de papel criador do Direito.⁶¹³ É aqui que está a explicação para existência de *apaixonadas* defesas e veementes críticas que são endereçadas ao devido processo legal substantivo, a serem descritas brevemente no item seguinte.

4.2.3 APONTAMENTOS ACERCA DOS EFEITOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Assumir que os juízes, máximes as Cortes Constitucionais e Supremos Tribunais, não *apenas aplicam* as leis e a Constituição mas também *constroem* e *criam* direito a partir dela significa enfrentar uma extrema relutância, que, apegada ao *dogma* da separação rígida das *funções* estatais, insiste que aos juízes não é dado *criar* direito, já que eles são nada “*mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar [da lei] nem sua força nem seu rigor*”.⁶¹⁴ Assumir o Direito criado pelos juízes (não como tarefa única, diuturna e cotidiana, frisa-se) é antagonizar o tão difundido *mito* do juiz “*apolítico*”,⁶¹⁵ completamente *neutro*, “*asséptico*”,⁶¹⁶ “*invisível*”⁶¹⁷ e que age mecanicamente, como autômato braço *do órgão legiferante*.⁶¹⁸

serious approach to the interpretation of vague terms like 'liberty' or 'property' that does not make choices among values.” [sem grifos no original]

⁶¹¹ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 154-158; 195; 224-226; 233-239.

⁶¹² Cf. CARDOZO, Benjamin Nathan. *The Nature...* Op. Cit., passim.

⁶¹³ O termo é usado por Cappelletti. Importa referir que este autor, na obra *Juízes legisladores?*, avaliando de modo geral o papel criador dos juízes e não apenas com relação à ponderação de interesses, diz que a assunção do papel criador dos Tribunais nas sociedades atuais é inevitável. E, caso o Judiciário não o assuma, o potencial danoso desta atitude é maior do que o *ativismo*, pois deixa dois poderes gigantes – o Legislativo e o Executivo – sem controles. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, passim.

⁶¹⁴ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondas, Barão de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1993, p. 160.

⁶¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Op. Cit.

Esta noção do Poder Judiciário foi um dos motivos responsáveis pela negação da versão substantiva do devido processo legal entre alguns dos *Justices* da Suprema Corte, principalmente nos momentos iniciais de formulação da *doutrina*. Quando foi negada, ainda no século XIX, a possibilidade de uma *construção* substantiva do devido processo legal, o *Justice* Miller justificou dizendo que o cálculo da utilidade de uma medida, em uma democracia, cabe aos legisladores e não às Cortes de Justiça.⁶¹⁹ A frase do *Chief Justice* Waite, dita em *Munn v. Illinois*, que mandava o povo às urnas para reclamar sobre as escolhas do Poder Legislativo, é um notório exemplo disto. Volvendo para termos atuais, pode-se dizer que este *Justice* estava asseverando que o Poder Judiciário não é o local adequado para a ponderação de valores constitucionalmente aceitos e nem para o controle da ponderação feita pelos legisladores. Para ele, esta tarefa deveria ser exercida com exclusividade pelos legislativos e, às vezes, pelos executivos, e somente poderiam ser controladas pelo povo, nas eleições, não pelo Judiciário.⁶²⁰

A negativa da possibilidade de os juízes *ponderarem valores*, revisando as escolhas legislativas – e também executivas – é encontrada em muitos outros casos em cujo mérito do ato legislativo alguns *Justices* recusavam-se a penetrar, a menos que este fosse uma afronta clara à letra da Constituição.* Apenas dois serão aqui mencionados, a fim de melhor aclarar a matéria. O *Justice* Black, em *Griswold v. Connecticut*, disse que o devido processo legal substantivo, *doutrina* que prevalecera na *Era Lochner*, como autorizador das Cortes a inconstitucionalizar leis *indesejadas*, substituindo os julgamentos dos legisladores democraticamente eleitos por suas próprias crenças, não era acorde com as proposições constitucionais originais. E disse ainda: “A cláusula do devido processo legal, com uma fórmula do ‘arbitrário ou caprichoso’ ou do chocante à consciência foi liberalmente usada por esta Corte para derrubar a legislação econômica nas primeiras décadas do século, quebrando, no pensar de muitas

⁶¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.91.

⁶¹⁷ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondas, Barão de. Op. Cit., p. 160.

⁶¹⁸ Sobre esta questão, suas críticas, defesa e sua evolução, consulte as seguintes obras: CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature...** Op. Cit., passim.; HOLMES, Oliver Wendell. **O direito...** Op. Cit., especialmente os parágrafos introdutórios da Preleção I, p. 29 e passim; WOLFE, Christopher. Op. Cit., passim; CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Op. Cit., passim; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit., passim; GOMES, Luis Flávio. **A questão do controle externo do Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993; passim; GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e democrático de Direito**. São Paulo: RT, 1997, passim; DWORKIN, Ronald. **Los derechos...** Op. Cit., passim; DWORKIN, Ronald. **Uma questão...** Op. Cit., passim; DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**. Op. Cit., passim; TRIBE, Laurence H. **On reading...** Op. Cit., passim; VIANA, Luiz Werneck et.al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, passim.; BERGER, Raoul. Op. Cit., passim.; KELSEN, Hans. **¿Quién debe ser el defensor de la constitución?** Trad. Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. p. ;BITTAR, Orlando. **A lei...** Op. Cit. No que se refere ao caso brasileiro especialmente o final do texto, passim; ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit, especialmente os capítulos cinco, seis e sete, p. 93-157; FREIRE, Antonio Manuel Peña. Op. Cit., especialmente a parte terceira, p. 195-297; FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, especialmente os capítulos treze e quatorze, p. 851-957.

⁶¹⁹ Cf. *Slaughter House Cases*. 83 U.S. 36 (1873) 16 Wall. Cit.

⁶²⁰ Cf. *Munn v. Illinois*. 94 U.S. 113 (1876). Cit.

peçoas, a tranqüilidade e a estabilidade da Nação. Tal fórmula, baseada em *considerações subjetivas de 'justiça natural'*, não é menos perigosa quando utilizada para impor as visões desta Corte acerca dos direitos pessoais do que aquelas acerca dos direitos econômicos".⁶²¹

Com negação veemente do devido processo legal substantivo,⁶²² por ocasião de seu efeito na tarefa judicial, permitindo aos juízes fazerem *reinterpretações substanciais da Constituição*, o Justice White escreveu:

*"Ainda que a Corte regularmente proceda na suposição de que a Cláusula do devido processo legal possui mais uma dimensão além da procedimental, nós devemos sempre ter em mente que o conteúdo substantivo da cláusula não é sugerido nem por sua linguagem, nem por sua história pré-constitucional; esse conteúdo nada mais é que um produto acumulado da interpretação judicial da Quinta e da Décima Quarta Emendas. Isto não significa sugerir, a esta altura, que qualquer destas decisões deve ser derrubada, ou que os processos pelas quais foram deslindadas eram ilegítimos ou mesmo inaceitáveis, mas sublinhar a constante lembrança do Sr. Ministro Black a seus colegas, qual seja, que a Corte não possui licença para invalidar legislação que pense meramente arbitrária ou desarrazoada. (...) Esta é, certamente, a abordagem preferencial. (...) O Judiciário, inclusive esta Corte, é mais vulnerável e aproxima-se da ilegitimidade quando lida com criação judicial de direito constitucional, possuindo poucas ou desconhecidas raízes na linguagem ou mesmo na configuração da Constituição".*⁶²³

O Justice White complementou dizendo que o embate Judiciário *versus* Executivo, nas décadas de 1930 e 1940, fora causado pela aplicação do devido processo legal substantivo, uma *construção* judicial e não dos *framers*, e que, por isso, havia desde então desaparecido. Assim, segundo este Justice, a Corte deveria ser extremamente relutante em aceitar novamente a *doutrina*, pois, ao retomá-la, "(...) o

⁶²¹ Vide supra, capítulos I e II, subitens 1.2.2 e 2.2.2, respectivamente.

⁶²² *Griswold v. Connecticut*. 381 U.S. 479 (1965). Cit. Voto do Justice Black. "The due process of law clause with an 'arbitrary or capricious' or shocking to the conscience' formula was liberally used by this Court to strike down economic legislation in the early decades of the century, threatening, many people thought, the tranquility and stability of the Nation. That formula, based on **subjective considerations of 'natural justice'**, is no less dangerous when used to enforce this Court views about personal rights than those about economic rights." [sem grifos no original].

⁶²³ O Justice White abriu seu voto dissidente assim: "The emphasis of due process of law is on 'process'." *Id.*

⁶²³ *Id.* Voto dissidente do Justice White, p. 543-544. "Although the Court regularly proceeds on the assumption that the Due process of law Clause has more than a procedural dimension, we must always bear in mind that the substantive content of the Clause is suggested neither by its language nor by the preconstitutional history; that content is nothing more than the accumulated product of judicial interpretation of the Fifth and the Fourteenth Amendments. This is not to suggest, at this point, that any of these decisions should be overruled, or that the process by which they were decided was illegitimate or even unacceptable, but only to underline Mr. Justice Black's constant reminder to his colleagues **that the Court has no license to invalidate legislation which it thinks merely arbitrary or unreasonably.** (...) This is surely the preferred approach. (...) The Judiciary, including this Court, is the most vulnerable and comes nearest to illegitimacy when it deals with judge-made constitutional law having little or no cognizable roots in the language or even the design of the Constitution." [sem grifos no original]

Judiciário (...) inevitavelmente apropria-se de outra parte do governo do país sem receber autorização constitucional expressa para tal”.⁶²⁴

Recentemente, o *Justice* Scalia, em *Cruzan v. Director, MHD*, concorreu somente com o resultado obtido pela pluralidade porque foi mantida a constitucionalidade da lei; todavia, em seu arrazoado, disse que ao Poder Judiciário não era possível optar em questões para as quais a Constituição não refere resposta clara, justamente porque nestas ocasiões a tarefa de escolher cabe ao legislador, não às Cortes:

“Ainda que eu concorde com a análise da Corte hoje, e consequentemente compartilhe do seu veredito, eu preferiria que tivéssemos anunciado, clara e prontamente, que as cortes federais não atuam nesse campo; (...) que o ponto em que a vida se torna ‘sem valor’, e o ponto no qual os meios necessários a preservá-la tornam-se ‘extraordinários’ ou ‘impróprios’ não estão esclarecidos nem Constituição nem são melhor compreendidos pelos nove Ministros desta Corte do que por nove pessoas escolhidas aleatoriamente na lista telefônica da cidade de Kansas, e assim, mesmo quando se demonstra por evidência clara e convincente que o paciente não mais deseja que se certas medidas sejam tomadas para preservar sua vida, cabe aos cidadãos do Missouri decidir, através de seus representantes eleitos, se tal desejo deve ser honrado. É praticamente impossível (porque a Constituição não trata deste assunto) que aqueles cidadãos decidam por uma linha menos lícita do que a que escolheríamos, e é improvável (porque nós não sabemos mais sobre ‘vida-e-morte’ do que eles sabem) que eles decidirão por uma linha menos razoável”.⁶²⁵

E afirmou este *Justice*, ao final de seu voto:

“O que eu disse não significa sugerir que eu pensaria desejável, se nós estivéssemos certos que Nancy Cruzan desejava morrer, mantê-la viva pelos meios em questão aqui. Eu assevero apenas que a Constituição nada diz sobre o tema. Para levantar um direito constitucional aqui, teríamos que criá-lo do nada. (...). Não há, portanto, limites razoáveis e humanos que não possam ser excedidos quando se requer que um indivíduo preserve a própria vida? Obviamente que há, mas eles não estão expostos na Cláusula do Devido Processo Legal. (...) Esta Corte não precisa, e não possui autoridade para, injetar-se em qualquer campo da

⁶²⁴ *Id.* Voto dissidente do *Justice* White. p. 544. Cabe informar que, depois desta negação da faceta substantiva do devido processo legal, o *Justice* White acatou os casos fulcrados nesta dimensão do princípio e partiu para a primeira etapa do teste da razoabilidade, dizendo que, no caso, ela não estava satisfeita. “(...) *the Judiciary* (...) *it unavoidably pre-empts for itself another part of the governance of the country without express constitutional authority.*”

⁶²⁵ *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*. 497 U.S. 261. Cit., Voto do *Justice* Scalia, p. 293. “*While I agree with the Court’s analysis today, and therefore join in its opinion, I would have preferred that we announce, clearly and promptly, that the federal courts have no business in this field; (...) that the point which life becomes ‘worthless’, and the point at which the means necessary to preserve it become ‘extraordinary’ or ‘inappropriate,’ are neither set forth in the Constitution nor known to the nine Justices of this Court any better than they are known to nine people picked up at random from the Kansas City telephone directory, and hence, that even when it is demonstrated by clear and convincing evidence that a patient no longer wishes certain measures to be taken to preserve her life, it is up to the citizens of Missouri to decide, through their elected representatives, whether that wish will be honored. It is quite impossible (because the Constitution says nothing about the matter) that those citizens will decide upon a line less lawful than the one we would choose; and it is unlikely (because we know no more about ‘life-and-death’ than they do) that they will decide upon a line less reasonable.*” [sem grifos no original]

atividade humana na qual a irracionalidade e a opressão possam, teoricamente, ocorrer, e se ela tentar fazer isso, destruirá a si mesma”.⁶²⁶

Em sentido avesso, admitindo a versão substantiva do devido processo legal e a consequência que sua função acarreta à atividade jurisdicional, tem-se uma gama de manifestações dos *Justices* da Suprema Corte. Nos casos já referidos, em que essa faceta do *princípio* foi aplicada, os votos responsáveis pela aplicação são, tácita ou expressamente, aceitações do *ativismo* judicial ensejado pelo devido processo legal substantivo. No entanto, em muitas destas ocasiões, os *Justices* frisavam que a atividade de *ponderar valores* era primeiramente legislativa e secundariamente judicial, havendo reiteração, em diversos votos, de que a tarefa de operar tais escolhas é *primariamente* uma função legislativa, mas que, quando houver *abuso* deste poder, poderão as Cortes de Justiça em caráter revisório e supletório, revisá-las usando o devido processo legal substantivo. Já na articulação da *doutrina* do *substantive due process of law*, o *Justice Field* deixou entrever isto. Edward Keynes, comentando o voto do *Justice Field* naquele caso, salientou: “*Como instituições políticas responsáveis, as legislaturas estaduais devem decidir inicialmente questões de utilidade ou bem-estar coletivo. Todavia, políticas legislativas estão sujeitas a limitações constitucionais executáveis judicialmente. Ao determinar se a legislação ofende as cláusulas dos privilégios e imunidades ou do devido processo legal, a Suprema Corte deve oferecer preponderância à apuração dos fatos e à determinação de políticas do legislativo*”.⁶²⁷ No mesmo sentido, salientando que os legisladores são os *juizes* primários da ponderação de *valores* constitucionalmente aceitos, as palavras do *Justice Roberts*, no caso *Nebbia v. New York*.⁶²⁸

“E está igualmente claro que, se a política legislativa refrear a competição ilimitada e danosa por medidas não arbitrárias nem discriminatórias, não cabe às cortes determinar se tais regras são desejáveis. Com a sabedoria da política adotada, com a adequação ou a praticidade da lei editada para favorecê-la, as cortes são tanto incompetentes como não autorizadas a lidar. O curso de decisão desta corte exhibe uma firme aderência a estes princípios. Inúmeras vezes nós dissemos que a legislatura é o juiz primeiro da necessidade de tais atos”.⁶²⁹

⁶²⁶ *Id.* p. 301. Voto do *Justice Scalia*. “What I have said is not meant to suggest that I would think it desirable, if we were sure that Nancy Cruzan wanted to die, to keep her alive by means at issue here. I assert only that the Constitution has nothing to say about the subject. To rise up a constitutional right here, we would have to create out of nothing (...). Are there then, no reasonable and humane limits that ought not to be exceeded in requiring an individual to preserve his own life? There obviously are, but they are not set forth in the Due Process Clause. (...) This Court need not, and has no authority to, inject itself into every field of human activity where irrationality and oppression may theoretically occur, and if tries to do so, it will destroy itself.” [sem grifos no original]

⁶²⁷ KEYNES, Edward. *Op. Cit.*, p. 103. Vide, também, *Slaughter House Cases*. 83 U.S. (16 Wall). *Cit.* Voto do *Justice Field*. “As politically accountable institutions, the state legislatures must initially decide questions of utility or the collective welfare. However, legislative policies are subject to judicially enforceable constitutional limitations. In determining whether the legislation offends the privileges and immunities and the due process of law clauses, the Supreme Court should give weight to legislative fact-finding and policy-making”

⁶²⁸ *Nebbia v. New York*. 291 U.S. 502 (1933). *Cit.*

⁶²⁹ *Id.* Voto majoritário do *Justice Roberts*, p. 538. “And it is equally clear that, if the legislative policy be to curb unrestrained and harmful competition by measures which are not arbitrary or discriminatory, it does not lie with the courts

É com nitidez que se percebe que o *Justice Roberts* situou o Poder Legislativo como o árbitro primário de escolhas dentre os *valores* constitucionalmente aceitos, e que essas escolhas apenas poderiam ser alteradas pelo Poder Judiciário quando *arbitrárias* ou *discriminatórias*, mas não quando os juizes as pensassem indesejadas, ruins ou tolas. Isto é, o *Justice Roberts* aceitava a capacidade revisória do órgão judicante, todavia avisava que esta não se tratava da substituição das preferências dos legislativos pelas preferências dos juizes. Como ele mesmo anunciou em sua argumentação, foram incontáveis as vezes que os *Justices* da Suprema Corte referiram que o Poder Legislativo é quem primeiramente decidia na ponderação de *valores*, mas que, se houvesse *abuso*, as Cortes de Justiça poderiam revê-la, constituindo-se em árbitros *finais* da constitucionalidade.

Em *Poe v. Ullman*, o *Justice Douglas* tocou neste ponto, mostrando que o poder de conformação dos legislativos é largo e primário, mas não é imune a controles pelo Judiciário. No momento de retomada da autonomia da *doutrina* do devido processo legal substantivo, ele procurou demonstrar que o erro das Cortes da *Era Lochner* não fora empreender *escolhas valorativas*, mas ofertar maior *peso* aos *valores errados*. Em sua afirmação, já poderá ser antevista uma refutação do contraponto a esta posição, qual seja, a idéia de que ao Judiciário não é permitido controlar a *ponderação de valores* constitucionalmente aceitos:

*“O erro da Antiga Corte, na minha visão, não estava em empreender inquirições concernentes à constitucionalidade da legislação social, mas em aplicar os padrões que usou. Legislação Social versando sobre negócios e questões econômicas não atinge nenhuma proibição particularizada da Constituição, a menos que seja a provisão da Quinta Emenda que estatuiu que a propriedade privada não seja tomada para uso público sem justa compensação. Livre da última garantia, ela tem um amplo âmbito de aplicação. Alguns vão mais longe e sugerem que o que quer que a maioria no legislativo diga, será aceito, que não há outro padrão de constitucionalidade. Isso reduz o poder legislativo a uma força de voto abrupta, e a função judicial a uma questão de estatísticas. Como disse Robert M. Hutchins, ‘é obviamente impossível levantar questões sobre liberdade e justiça se a deferência ao comando de um soberano devidamente constituído é a base do debate.’ Ainda que o julgamento legislativo em questões econômicas seja ‘quase-conclusivo’, não está isento de investigação judicial”*⁶³⁰

to determine that the rule is unwise. With the wisdom of the police adopted, with the adequacy or practicability of the law enacted to forward it, the courts are both incompetent and unauthorized to deal. The course of decision in this court exhibits a firm adherence to these principles. *Times without number, we have said that legislature is primarily judge of the necessity of such an enactment.*” [sem grifos no original]

⁶³⁰ *Poe v. Ullman*. 367 U.S. 497 (1961) Cit. *Justice Douglas*, dissentindo. p. 518. “The error of the Old Court, as I see it, was not in entertaining inquiries concerning the constitutionality of social legislation but in applying the standards that it did. Social legislation dealing with business and economic matters touches no particularized prohibition of the Constitution, unless it be the provision of the Fifth Amendment that private property should not be taken for public use without just compensation. If it is free of the latter guarantee, it has a wide scope for application. Some go so far as to suggest that whatever the majority in the legislature says goes, that there is no other standard of constitutionality. That reduces the legislative power to sheer voting strength and the judicial function as a matter of statistics. As Robert M. Hutchins has said, ‘It is obviously impossible to raise questions of freedom and justice if the sole duty issued command of a duly constituted

O *Justice* Powell, em *Moore v. East Cleveland*, lembrou que havia riscos quando o Poder Judiciário adentrasse na seara das *ponderações de valores* constitucionalmente aceitos, mas concluiu que os riscos não constituíam motivo suficiente para o abandono daquela tarefa; eram apenas um aviso de cautela e cuidado na sua realização:

*“O devido processo legal substantivo tem sido, muitas vezes, um campo traiçoeiro para esta Corte. Há riscos quando o ramo judicial proporciona acentuada proteção a certas liberdades substantivas sem um guia mais específico nas provisões do Bill of Rights. Como demonstra a história da era Lochner, há razão para cuidado, a fim de que os únicos limites para tal intervenção judicial não sejam as preferências daqueles que, no momento, são Membros desta Corte. Aquela história aconselha cautela e contenção. Mas ela não aconselha abandono”.*⁶³¹

Efetivamente, a delicadeza da tarefa de *ponderar valores* foi lembrada em variados casos nos quais teve lugar a aplicação pretoriana do devido processo legal substantivo. Como ilustração, cita-se o *Chief Justice* Burger, em *Wisconsin v. Yoder*: “isto deveria indicar que as cortes judiciais devem mover-se com prudência ao realizar a tarefa de sopesar um interesse social legítimo do estado confrontado com alegações religiosas para isenção dos requerimentos educacionais geralmente aplicados”.⁶³²

Como se pode entrever, esta dicotomia é profunda e séria. Ela não se restringe apenas à aceitação ou não da versão substantiva do devido processo legal, mas, dadas as conseqüências que esta dimensão do *princípio* produz, discordar quanto à versão substantiva do devido processo legal implica situar como pano de fundo concepções diametralmente diferentes sobre o controle de constitucionalidade e a função do Poder Judiciário em um país republicano, democrático e federado que adota o controle jurisdicional de constitucionalidade. Isto envolve, também, acepções distintas do que constitui a democracia. Conforme a concepção esposada, crê-se *legítima* a tarefa do órgão judicante de rever escolhas entre *valores* constitucionalmente aceitos feitas pelos legislativos, com o intuito de dirimir lindes de arbitrariedade, ou crê-se *ilegítima* tal função judicial, por constituir-se em uma *usurpação* de poder jamais concedido constitucionalmente e em desacordo com o sistema de três poderes harmônicos e independentes, e criadora de uma *superlegislatura anti-democrática*, um *governo de juizes*. Esses problemas são contundentes, e essas críticas ao *ativismo* judicial e a *judge made law*, dos quais o devido processo legal

sovereign.’ While the legislative judgement on economic business matters is ‘well-nigh conclusive’, it is not beyond judicial inquiry.”

⁶³¹ *Moore v. East Cleveland*. 431 U.S. 494 (1977). Cit. Voto pela pluralidade do *Justice* Powell, p. 503. “Substantive due process of law has at times been a treacherous field for this Court. There are risks when the judicial branch gives enhanced protection to certain substantive liberties without the guidance of the more specific provisions of the Bill of Rights. As the history of the Lochner era demonstrates, there is reason for concern lest the only limits to such judicial intervention become the predilections of those who happen at the time to be the Members of this Court. That history counsels caution and restraint. But it does not counsel abandonment (...)” [sem grifos no original]

⁶³² *Wisconsin v. Yoder*. 406 U.S. 205 (1972). Cit. Voto majoritário do *Chief Justice* Burger, p. 235.

substantivo é um trampolim, estão aliadas àquela que chama a vagueza deste *princípio* constitucional de *conveniente*, uma *invenção* para escorar a concentração de poderes no Judiciário. Por isso, neste subitem serão apenas mencionadas as diferenças pretéritas e atuais no seio da Corte estadunidense fazendo-se breves referências a alguns autores que se posicionam sobre o tema.

Os constitucionalistas e estudiosos de tais problemas assumem ou um ou outro lado desta divergência. Por um ângulo, Raoul Berger é enfático e ácido nas críticas que endereça à Suprema Corte em seus posicionamentos *ativistas* advindos das aplicações do devido processo legal substantivo. O próprio título da obra de Berger é esclarecedor acerca de sua concepção; nele, ele denomina a *leitura* que a Suprema Corte fez da Décima Quarta Emenda de *transformação* utilizando esta palavra como complemento ao título *governo pelo Judiciário*. Berger ataca a *judge made law*, e grande parte desse ataque ancora-se no depósito de descrédito na *doutrina* do devido processo legal substantivo:

“O desenvolvimento do devido processo legal substantivo foi descrito por Robert G. McCloskey, um amigo da Corte, como ‘o exemplo clássico de ‘governo pelo judiciário’. Nós estamos tão acostumados a este desenvolvimento – através do qual as cortes substituem as visões dos corpos legislativos pelas suas próprias – que se deve sinalizar, de início, que a doutrina foi lançada apenas no final do século XIX.

A mudança de supervisão de procedimento nas cortes para o controle das determinações políticas legislativas constitui uma transformação verdadeiramente extraordinária. Pois o controle de constitucionalidade foi concebido em termos estreitos – como um meio de observar os limites constitucionais, os ‘limites’ de um dado poder. Nem haviam os Framers sonhado que o poder judicial seria construído como uma licença para julgar o exercício de poder pelos outros ramos dentro daqueles limites. De fato, a participação judicial na determinação legislativa de políticas estava indubitavelmente excluída. À guisa do devido processo legal substantivo, portanto, a Corte invadiu a jurisdição exclusiva de uma função irmã; ela violou o princípio da separação de poderes, exposto na Constituição de Massachusetts: ‘o judiciário jamais deve exercer o poder legislativo.’ E transgrediu a autonomia reservada aos estados pela Décima Emenda. Ela fez isso em nome de uma doutrina inventada por ela mesma para legitimar o exercício de poder racionalizado sob o manto do direito natural. Mas nem os Framers nem a Décima Quarta Emenda sugerem tais noções. É axiomático que todos os detentores do poder, juízes inclusive, estão sempre sedentos por mais poder. Esse apetite por poderes extraconstitucionais encontrou expressão clássica no veredito do Ministro Samuel Chase no caso Calder v. Bull (1789)”.⁶³³

⁶³³ BERGER, Raoul. Op. Cit., p. 273-274. “The development of substantive due process of law was described by Robert G. McCloskey, a friend of the Court, as ‘the classic example of ‘government of judiciary’’. So accustomed are we grown to this development – whereby courts substitute their own views of policy for those of legislative bodies – that one recalls with a start that the doctrine was only launched in the late nineteenth century. The shift from judicial supervision of procedure in the courts to control of legislative policymaking constitutes a truly extraordinary transformation. For judicial review was conceived in narrow terms – as a means of poling the constitutional boundaries, the ‘limits’ of a given power. Little did the Framers dream that the judicial power would be construed as a license to supposed the exercise of power by the other branches within those boundaries. In fact, judicial participation in legislative policymaking was unmistakably excluded. Under the guise of substantive due process, therefore, the Court has invaded the exclusive jurisdiction of a sister branch; it has violated the injunction of separation of powers, made explicit in the Massachusetts Constitution, that the ‘judiciary

Depois de avaliar o devido processo legal substantivo, criticando tanto o período economicista do *princípio* quanto os posteriores, quais sejam, o da incorporação seletiva e o *personal*, este autor dedicou-se, em capítulo intitulado *the judiciary was excluded from policymaking*, a demonstrar que, para os *framers* da Constituição norte-americana, o Judiciário restringia-se a um poder *aplicador* das leis e *intérprete* da Constituição. Segundo Berger, eram os *framers* positivistas, apegados à lei escrita e aos seus limites, e não intencionavam permitir poderes judiciais fulcrados em elementos extraconstitucionais. O Legislativo, democraticamente eleito, é quem detém o poder de empreender escolhas entre *valores* constitucionalmente aceitos, e, quando o faz, age dentro de seus limites e não sujeito a controles judiciais.⁶³⁴

Berger não é voz isolada. Ao lado dele, a expressiva corrente interpretativista – que apregoa que os juizes são apenas intérpretes dos textos legais e do constitucional, devendo limitar-se tão-somente a aplicá-los em sua letra, não lhes cabendo criar direito e ditar políticas a partir do construção de cláusulas constitucionais vagas – ataca o devido processo legal substantivo. John Hart Ely tenta eliminar a versão substantiva deste *princípio*, asseverando que a própria expressão devido processo legal substantivo é desprovida de sentido, tal qual uma contradição em termos, pois traduz algo como “*vermelhidão verde pastel*”.⁶³⁵ No pensar de Ely, o *princípio* tem apenas uma versão procedimental, cuja aplicação reduz-se à esfera jurisdicional; a versão substantiva, para ele, gera uma função *indevida* ao órgão jurisdicional. Bernard Siegan, em um livro sugestivamente denominado *A Constituição da Suprema Corte*, lida com diversos casos decididos com escora no devido processo legal substantivo para concluir que a Suprema Corte, sob o disfarce de interpretação de alguns *princípios* constitucionais, notoriamente o devido processo legal, *emendou* a Constituição, *inventando* a sua.⁶³⁶

De outro ângulo, compactuando com as atitudes *ativistas* da Corte, e, conseqüentemente, com a faceta substantiva do devido processo legal, grande responsável pelo *ativismo*, encontram-se diversos constitucionalistas e teóricos do Direito. Esta corrente é mais expressiva e conta com mais adeptos do que a anterior, dentre os quais pode-se citar Laurence Tribe, Ronald Dworkin, Christopher Wolfe e, até

shall never exercise the legislative power.’ And it has encroached on the sovereignty reserved to the States by the tenth Amendment. It has done this in the name of a self-created doctrine to legitimate the exercise of power once rationalized under the garb of natural law. But neither the Framers nor the Fourteenth Amendment entertained such notions. It is axiomatic that all wielders of power, judges included, ever thirst for more. This appetite for extraconstitutional power found classical expression in Justice Samuel Chase’s opinion in Calder v. Bull (1789).” [sem grifos no original]

⁶³⁴ *Id.* p. 322-337.

⁶³⁵ ELY, John Hart. *Op. Cit.*, p. 18. “*green pastel redness*”.

⁶³⁶ SIEGAN, Bernard H. **The supreme court's constitution: an inquiry into judicial review and its impact on society**. New Brunswick: Transaction Books, 1987, especialmente os capítulos 3; 5; 7 e 9, nas páginas 41-88; 113-134; 149-180.

mesmo John Rawls.⁶³⁷ O primeiro, em obra cognominada *On Reading the Constitution*, aceita as *value-choices* feitas pelos juízes como inevitáveis e inerentes à sua atividade. Como já visto supra, em pequeno excerto deste autor nesta obra, ele não as reputa uma *usurpação judicial ilegítima*. Ao contrário, ele visa demonstrar inevitabilidade das *value-choices* e sua existência mesmo dentro daqueles *approaches* que negam a possibilidade de os juízes realizarem *value-choices*. Para Tribe, os *approaches* interpretativistas escondem as *value-choices*, mas não as evitam. Quando aprecia o que estava errado na *Era Lochner*, Laurence Tribe situou-se próximo do Justice Douglas, e não atacou as *value-choices* operadas pelo Poder Judiciário:

“Este quebra-cabeça [do porquê a liberdade encompassada pelo devido processo legal abrange a decisão de ter ou não um filho e não a de trabalhar por menos de quatro dólares por hora] surge do que nós cremos ser um mal-entendido sobre o que estava errado no constitucionalismo laissez faire da Suprema Corte. Casos como Lochner não podem ser descritos como usurpações judiciais ilegítimas meramente porque a Suprema Corte estava empreendendo escolhas valorativas substanciais. Se não este não fosse o caso, se houvesse algum algoritmo matemático valorativamente neutro de interpretação constitucional, nós não nos preocuparíamos com o caráter dos homens e mulheres encarregados de interpretar a Constituição. O que estava errado com Lochner – se é que realmente havia algo de errado, como a maior parte mas não todos os modernos constitucionalistas concordam que havia – deve ter sido o fato da Corte ter escolhido os valores errados para executar”.⁶³⁸

Christopher Wolfe, após avaliar o nascimento e crescimento da *Judicial Review* nos Estados Unidos, situando o devido processo legal substantivo neste processo evolutivo, conclui genericamente que na *Era Moderna* da *Judicial Review* parte da atividade jurisdicional diz respeito à *judge made law*, momento em que os juízes *legislam*. Argumentando que essa atividade judicial condiz com noções democráticas e principalmente republicanas, Wolfe não se posiciona veementemente sobre ser esta

⁶³⁷ É premente esclarecer que estes autores dedicam pequeno ou nenhum espaço em suas respectivas obras ao estudo específico do *due process of law* em qualquer de suas versões. No entanto, quando se atêm ao *ativismo* judicial, em boa parte produto do *due process of law*, mas não produto exclusivo, eles trabalham com diversos casos deslindados pela Suprema Corte. Um significativo número dos casos que escolhem para demonstrar o *ativismo* contempla justamente aqueles decididos sob a batuta do *substantive due process of law*. Então, está-se a tomar suas considerações gerais e transladando-as para o estudo específico do *princípio*. Repete-se, porém, que o *substantive due process of law* é um dos atores principais do *ativismo* judicial, mas, desde o início da *Modern Era* da *Judicial Review*, ele compartilha o cenário com diversos outros *princípios* constitucionais. É de extrema relevância trazer à baila que as teorias destes autores guardam entre si cruciais diferenças. Eles não defendem uma concepção única; ao contrário, em alguns pontos suas teorias são discrepantes e até antagônicas. No entanto, pode-se afirmar, *grosso modo*, que por caminhos diversos e também por fundamentos diversos eles são acordes no que toca à aceitação do *ativismo* judicial, apesar de divergirem acerca de sua amplitude ideal. É somente neste sentido que eles estão aqui sob a mesma insígnia.

⁶³⁸ TRIBE, Laurence H. *On reading...* Op. Cit., p.66. “This puzzle arises from what we believe to be a misunderstanding of what was wrong with the Supreme Court laissez-faire constitutionalism. Cases like Lochner cannot be described as illegitimate judicial usurpations merely because the Supreme Court was making substantive value choices: Were this not the case, were there some value-neutral mathematical algorithm of constitutional interpretation, we would not care about the character of the women and men charged with the interpreting the Constitution. What was wrong with Lochner – if indeed it was wrong, as most but not all modern constitutional scholars agree it was – must have been that the Court chose the wrong values to enforce (...)” [sem grifos no original]

Judicial Review boa ou má, mas deixa entrever em seus comentários que o *ativismo* judicial nos Estados Unidos foi responsável por mais *benesses* do que *males*.⁶³⁹

John Rawls, renomado estudioso norte-americano, desenvolveu seu pensamento sobre a *razão pública*.⁶⁴⁰ expondo-a em sua obra *O Liberalismo Político*. A *razão pública*, cujo objeto é o *bem da esfera pública*, aplica-se nos fóruns característicos das democracias constitucionais, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. As decisões oriundas dos processos públicos de tomada de decisão, ocorridas nesses fóruns, são limitadas pelos *elementos constitucionais essenciais*⁶⁴¹ e pelas *questões básicas de justiça*⁶⁴² – presentes nos textos constitucionais – devendo, obrigatoriamente, estar de acordo com estes padrões e ser razoavelmente subscritas e justificadas pelos encarregados do processo decisório. Como guardião dos *elementos constitucionais essenciais* e das *questões básicas de justiça*, Rawls coloca o Supremo Tribunal de Justiça, intitulando-o dignitário do posto de *paradigma da razão pública*, que, ao aplicá-la, evita a corrosão da Lei Fundamental por interesses majoritários, contamináveis por interesses parciais, organizados e influentes. Seu papel é *antimajoritário*, entrando em cena apenas quando as decisões majoritárias não concorrem razoavelmente com a Lei Fundamental. É, na visão de Rawls, o único órgão de Estado em que a *razão pública* manifesta-se visivelmente, e somente ela, pois os magistrados convocam *valores políticos* explícita ou implicitamente apontados pela Constituição, articulam estes *valores* com a questão posta, constroem a argumentação, fundamentam razoavelmente. Sua função é vivificadora e atualizadora do texto constitucional e, ao operar com a publicidade do arrazoado, é educativa. É interessante transcrever um alvitre feito por John Rawls:

⁶³⁹ WOLFE, Christopher. Op. Cit., *passim*

⁶⁴⁰ Ao explicitar a noção de *razão pública*, diz que seu objeto é o bem da esfera pública, e que sobrevive somente em sociedades democráticas que possuam a supremacia da constituição. Seu conteúdo é preenchido pelas concepções políticas da justiça, que devem necessariamente conter: a) em patamar essencial: direitos, liberdades e oportunidades básicas; b) meios eficazes para garanti-los; c) configuração para aplicá-los à estrutura básica da sociedade – instituições políticas, sociais e econômicas; d) independência de qualquer doutrina filosófica, religiosa ou econômica; e) elaboração em termos de idéias políticas fundamentais, implícitas na cultura política de uma sociedade democrática. A *razão pública* exige uma forma de raciocínio que envolve regras de inferência, regras de prova, limites, procedimentos, métodos e critérios. Ao lado deste método deste raciocínio, Rawls insere os valores da razão pública, que são os parâmetros de orientação, a razoabilidade e a civilidade, por tornarem possível uma discussão pública raciocinada das questões políticas, e a conjugação de todos os elementos da *razão pública* conduz à obtenção de uma resposta pública razoável a todas ou quase todas as questões que envolvam elementos constitucionais essenciais e questões básicas de justiça. Os elementos constitucionais essenciais e as questões básicas de justiça são amplamente aceitos, uma vez que são determinadas através de ponto societário originário, onde é (são) escolhida (s) a(s) concepção (ões) básica(s) de justiça de uma dada sociedade. RAWLS, John. Op. Cit., p. 209-245.

⁶⁴¹ Elementos constitucionais essenciais são princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do sistema de governo e do processo político e os iguais direitos e liberdades básicos de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar. Cf. RAWLS, John. Op. Cit., p. 222-224.

⁶⁴² Questões básicas de justiça não fazem parte dos elementos constitucionais essenciais, mas devem ser dirimidas exclusivamente por valores políticos. Cf. RAWLS, John. Op. Cit., p. 233.

“Os juízes não podem, é claro, invocar sua moralidade pessoal, nem genericamente os ideais e as virtudes da moralidade. Esses devem ser encarados por eles como irrelevantes. Igualmente não podem invocar as suas perspectivas religiosas ou filosóficas ou as dos outros. Nem podem citar valores políticos sem quaisquer restrições. Antes, são obrigados a invocar os valores políticos que julgam pertencerem ao mais razoável entendimento da concepção pública e aos respectivos valores da justiça e da razão pública. Estes são valores acerca dos quais acreditam de boa-fé, tal como impõe o dever de civilidade, que todos os cidadãos, enquanto pessoas razoáveis e racionais, poderiam subscrever, sendo esta uma antecipação do razoável”.⁶⁴³

Neste modelo teórico de Rawls, intimamente ligado ao molde de controle de constitucionalidade adotado nos Estados Unidos, o fato de as Cortes Constitucionais lidarem com *valores políticos* e com as escolhas entre *valores* faz parte de suas tarefas, não causando estranheza. Um dos exemplos usados por Rawls – sem citar o caso, entretanto – diz respeito à temática do aborto, a respeito da qual, demonstrando argumentos, Rawls conduz à mesma conclusão que tomou a Suprema Corte em *Roe v. Wade*. Este estudioso chama também a atenção para a possibilidade de a Corte Superior errar no exame da *razão pública*, e, como exemplos de erro neste exame cita o caso *Dred Scott* e alguns casos decididos durante a *Era Lochner*, dentre eles o próprio *Lochner v. New York*. A possibilidade de erro, no entanto, não faz com que o autor descredite essa atividade; apenas o leva a concluir que quando as Cortes Constitucionais erram na averiguação da *razão pública*, há processos hábeis a sanar o erro, como o de Emendas Constitucionais. E lembra, ainda, que o *povo* pode fazer uso como alternativas últimas, em caso de erro das Cortes, do direito de desobediência civil, das revoltas e das revoluções. Assim, não são as Cortes que detêm a última palavra no que é a *razão pública*, mas sim o *povo*.⁶⁴⁴

Este modelo geral formulado por John Rawls parece acorde com o *tipo* de controle de constitucionalidade ensejado pelo devido processo legal substantivo, no qual aos juízes é dado revisar escolhas valorativas feitas pelos legislativos e executivos, mesmo que para isso tenham que escorar-se em elementos extraconstitucionais e atuar de modo *legislativo*. Poder-se-ia dizer que, ao conferirem normatividade ao devido processo legal substantivo, os magistrados estão fazendo atuar, em uma de suas formas, sua função como *paradigma da razão pública*.

Ronald Dworkin, outro exponencial de relevo na teoria e na filosofia do Direito da atualidade, é conhecido defensor do *ativismo judicial*.⁶⁴⁵ É famosa a figura por ele idealizada do Juiz Hércules, que se

⁶⁴³ *Id.* p. 229-230.

⁶⁴⁴ *Id.* p. 245.

⁶⁴⁵ Anote-se que se está referindo aqui ativismo judicial porque o termo foi adotado no restante do trabalho para designar os juízes que labutam com escolhas valorativas e determinam políticas. Todavia, convém salientar que Dworkin não concorda com a classificação ativismo e não-ativismo, assim como negligencia as categorizações interpretativistas, não interpretativistas, e direitos enumerados e não enumerados e a denominação *determinação de políticas*. Seu pensar está sendo

empenha na solução dos chamados *hard-cases*⁶⁴⁶ e, para isso, realiza o que ele denomina uma *leitura moral da Constituição*.⁶⁴⁷ Dworkin demonstra que mesmo os *approaches* que negam absolutamente a possibilidade ou legitimidade desta tarefa judicial não conseguem dela escapar, mas conseguem apenas escondê-la. Dworkin encara o *moral reading* da Constituição com naturalidade, dizendo: “*Eu devo primeiro esclarecer, todavia, que não há nada revolucionário sobre a leitura moral na prática. Na medida em que os advogados e juizes americanos seguem alguma estratégia coerente de interpretar a Constituição, eles já estão usando a leitura moral*”.⁶⁴⁸ Para ele, não existe outra alternativa *real* para os juizes a não ser operar o *moral reading* da Constituição, e, mesmo que os juizes não o assumam completamente, foi inspirado nele que ocorreram as *melhores* e também as *piores* decisões da Suprema Corte.⁶⁴⁹

Na obra *Freedom's law*, na qual Dworkin dedica-se a comprovar e demonstrar que os juizes e operadores do Direito já se utilizam do *moral reading*, são comentados casos deslindados pela Suprema Corte e o esteio decisório por ela adotado. Os casos comentados, na sua maior parte, foram decididos através do *substantive due process of law* autonomamente ou como fonte da *incorporação seletiva*; dentre eles estão *Roe v. Wade*, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, *Webster v. Reproductive Health Services*, *Cruzan v. Director, MHD*, entre outros. Comentando-os, Dworkin demonstra como o *moral reading* ocorre na prática. Estes casos decididos através do devido processo legal substantivo são, pois, apontados como ocorrências de *moral reading* da Constituição, para os quais não há formulação mecanicista de resposta.⁶⁵⁰

traduzido aqui através das escolhas terminológicas desta dissertação. Vide: DWORKIN, Ronald. **O Império...** Op. Cit., especialmente o capítulo X, p.425 e ss.

⁶⁴⁶ *Hard cases* são casos que, por envolver uma gama complexa de situações e repercussões, desde a violação de direitos até questões políticas, institucionais, morais e econômicas, desafiam a capacidade de um juiz, pois este terá que decidí-los buscando proteger os direitos sob ameaça, e simultaneamente, responder às árduas questões políticas, morais, econômicas, dentre outras, que circundam o caso e, ainda, terá que fazê-lo sem ultrapassar os limites da atuação judicial. Sobre o tema vide: DWORKIN, Ronald. **Los derechos...**, especialmente o capítulo 4, p. 146. DWORKIN, Ronald. **O império...** Op. Cit., passim.

⁶⁴⁷ *Leitura moral* da Constituição é uma maneira particular de ler e executar uma Constituição política. Para Dworkin, muitas constituições contemporâneas declaram direitos individuais contra o governo em linguagem muito aberta ou abstrata, como a liberdade de expressão da Primeira Emenda à Constituição norte-americana. A leitura moral propõe que todos os intérpretes da Constituição – advogados, juizes, cidadãos – interpretem e apliquem estes princípios abstratos entendendo-os como invocadores de princípios morais de decência política (moralidade) e justiça. A leitura moral, segundo Dworkin, traz a moralidade política para o cerne do Direito Constitucional. DWORKIN, Ronald. **Freedom's...** Op. Cit., p. 2.

⁶⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Freedom's...** Op. Cit., p.2. “*I should make plain first, however, that there is nothing revolutionary about the moral reading in practice. So far the american lawyers and judges follow any coherent strategy of interpreting the Constitution at all, they already use the moral reading.*”

⁶⁴⁹ *Id.* p.8-9.

⁶⁵⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. **Freedom's...** Op. Cit., passim.

Bernard Schwartz, conhecido comparativista, mostra-se favorável ao *ativismo judicial*, e apegar-se à interpretação substantiva do *princípio* do devido processo legal, tomando-o como uma forma de resguardar as liberdades declaradas após as Revoluções Burguesas e suas novas leituras ao longo dos séculos. Ele anota como de importância cabal a escolha da expressão *due process of law* para ser aposta na Constituição e não outra, mesmo que fosse *law of the land*:

*“A mudança de linguagem na proposta de Nova York não foi uma mera questão de estilo. Ao contrário, representou um salto constitucional quantitativo para frente. (...) Se a Quinta Emenda tivesse seguido a ‘lei da terra’ da Virgínia em vez de ‘devido processo’ de Nova York, a Constituição poderia ter ficado sem seu dispositivo mais importante. Levando-se em consideração a extensão com que o conceito de devido processo, tanto na Quinta como na Décima Quarta Emendas, tem servido de base para a proteção constitucional de direitos dos americanos, não se pode duvidar que uma Constituição desprovida da Cláusula do devido processo teria sido muito menos eficaz na função de proporcionar tal segurança”.*⁶⁵¹

Em outro ponto, manifestando-se sobre a crítica feita pelo Justice Black à *incorporação seletiva*, que dizia que os juízes cairiam em um subjetivismo ao não aplicar padrões rígidos, expandindo e contraindo direitos à sua vontade, Bernard Schwartz disse que ela é exagerada, pois o que se tem, na *incorporação seletiva*, é um padrão amplo e não tecnicista, independente da pura lógica dedutiva, estreitamente definido, e acrescentou, defendendo a possibilidade de tais padrões largos:

“Não há nesse tratamento subjetivo um elemento de grave incerteza e uma tentação para a arbitrariedade judicial?

Devemos então repetir, em nossos dias, contra a aplicação da Cláusula do Devido Processo pelo Supremo Tribunal, a queixa dos advogados no direito consuetudinário do século XVII contra o Tribunal de Lord Chancellor, de que a justiça por ele dispensada não tem qualquer controle por princípios fixos e imutáveis e pode perfeitamente depender do critério pessoal do juiz?(...)

*O que o Supremo Tribunal está aplicando, nesses casos, é um padrão amplo, ao invés de um preceito estreitamente definido. Mas o mesmo acontece em todas as áreas importantes do Direito moderno. Na verdade, é na aplicação de tais padrões, em vez de apenas preceitos mecânicos, que um sistema jurídico desenvolvido difere de outro mais primitivo”.*⁶⁵²

Mas Schwartz deixa claro que o padrão de controle de constitucionalidade ensejado pela aplicação de *princípios* como o devido processo legal deve ser operado criteriosamente, para que os juízes não substituam as escolhas legislativas por suas “*predileções pessoais*”,⁶⁵³ transformando-as em “*dogmas de devido processo que não podiam ser tocados pelo Legislativo*”,⁶⁵⁴ como fizeram em parte

⁶⁵¹ SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes...** Op. Cit., p. 147.

⁶⁵² *Id.* p. 205.

⁶⁵³ *Id.* p. 213.

⁶⁵⁴ *Id.* p. 213.

da *Era Lochner*. Caso o cuidado necessário não seja dispensado pelos juizes, existe, sim, segundo Schwartz, o “perigo de um ‘governo pelo Judiciário’”.⁶⁵⁵

Por ora, cumpre apenas frisar que a tarefa de *sopesar* e *escolher* dentre valores constitucionalmente aceitos é de certa forma *legislar*. E que esta atividade *legislativa* dos juizes é por alguns aceita como inevitável ou é mesmo louvada como modelo de atuação jurisdicional; por outros é intensamente criticada e atacada. Cumpre colacionar, também, que mesmo entre aqueles que assumem e defendem o *ativismo judicial* – a determinação de políticas pelo Poder Judiciário –, **há o alvitre de que tal tarefa é delicadíssima** e não constitui o trabalho diário dos juizes, mas o excepcional. E, como forma de proteção contra abusos do Judiciário e contra o subjetivismo que podem ser canalizados para as decisões tomadas não com base estrita no texto, mas através de escolhas valorativas ancoradas em elementos extraconstitucionais, apresenta-se a fundamentação das decisões judiciais. A argumentação bem construída, plausível e hábil a ser subscrita pela sociedade a que se destina mostra-se de peculiar valia e necessidade nesta questão.⁶⁵⁶ É através dela, e não da menção a um artigo ou inciso específico da Constituição, ou de um simples *dictum*, como ‘*não é razoável*’ ou ‘*é arbitrário*’, que se saberá e poderá apreciar se os juizes decidiram com coerência e razoabilidade, se não estão extrapolando em sua tarefa e trocando as escolhas legislativas por suas convicções pessoais e é através da construção argumentativa que o Poder Judiciário publiciza e legitima sua função como criador de direito e determinador de *políticas públicas*.⁶⁵⁷

Quando aplicam o devido processo legal substantivo, os juizes escolhem entre valores constitucionalmente possíveis, preterindo um a outro. Para justificar a *escolha valorativa* feita, os juizes

⁶⁵⁵ *Id.* p. 213.

⁶⁵⁶ Guardadas as devidas proporções comparativas, tanto quanto no que tange ao Direito Constitucional como especificamente ao *due process of law*, pensa-se interessante trazer à colação as palavras de Perelman: “Toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma autoridade (...) esse poder será censurado se for exercido de forma desarrazoada. Esse uso inadmissível do direito será qualificado tecnicamente de formas variadas, como abuso de direito, como excesso ou desvio de poderes, como iniquidade ou má-fé, como aplicação ridícula ou inadequada das disposições legais, como contrário aos princípios gerais do direito comum de todos os povos civilizados. Pouco importam as categorias jurídicas invocadas. O que é essencial é que, num Estado de Direito, quando um poder legítimo (...) é submetido ao controle judiciário, ele poderá ser censurado se for exercido de forma desarrazoada, portanto inaceitável.” Além disso, Perelman faz a distinção entre a razão prática e a razão teórica. A primeira envolve a lógica dedutiva e admite respostas certas. É típica das Ciências Naturais e Exatas. A segunda envolve argumentação e, segundo Perelman, é aplicada no Direito. Por isso, este autor oferece grande ênfase à argumentação. PERELMAN, Cháim. *Op. Cit.*, p. 429.

⁶⁵⁷ Aqui, embora de modos diversos e com conclusões não idênticas, há nova coincidência entre os pensamentos de Ronald Dworkin, Laurence H. Tribe e John Rawls. Os três depositam na argumentação das decisões judiciais um papel fundamental e muito necessário para os casos em que aparece o *moral reading*, as *value-choices* e a *razão pública*, respectivamente. No entanto, apesar de se poder anotar, nesta nota, a semelhança entre estes três autores, frisa-se que eles têm diferenças entre si, como, por exemplo, o fato de Rawls considerar a noção de *moral reading* muito ampla, e apontar que para os temas da razão pública nem sempre existe uma resposta certa, ao passo que Dworkin considera que há resposta certa para os casos que envolvem o *moral reading*. Vide: DWORKIN, Ronald. *Freedom’s...* *Op. Cit.*, p. 7 e ss; RAWLS, John. *Op. Cit.*, p. 230, especialmente a nota nº 23; TRIBE, Laurence H. *On reading...* *Op. Cit.*, p. 65-80; 97 e ss.

não poderão responder simplesmente através da alusão ao significado de uma norma constitucional. Então, a fundamentação da decisão não será uma norma; a fundamentação estará nos motivos que fundaram a escolha, que estarão, em certa medida, fora do texto constitucional, seja nas tradições, na história, nas circunstâncias, nos *valores* compartilhados por uma dada sociedade, nos *mores of the day*, no *senso de justiça*, no *direito natural*, na *justiça natural*, entre outros elementos extraconstitucionais.⁶⁵⁸ Terão que construir seus argumentos enlaçando o texto constitucional, os *valores* em choque e os elementos extratextuais, formulando uma argumentação razoável e plausível, capaz de ser aceita e aderida por aqueles a quem ela se destina.⁶⁵⁹ Assim, também será insuficiente referir apenas que uma *privação* de uma *liberdade* ou de um *bem* fere o devido processo legal substantivo, porque com isto não estarão sendo expostos os motivos da *escolha valorativa* feita pelo órgão judicante, mas apontando-se somente a norma que autorizou o Judiciário a fazê-la. A exposição argumentativa razoável é condição *sine qua* para que a decisão que declarou inconstitucional um ato normativo com base no devido processo legal substantivo seja considerada fundamentada.

Isto se opera deste modo porque a resposta as *value-choices* não são mecânicas, não há fórmulas estanques que as possam resolver, e se pretensamente o fizerem, não evitarão *erros*. Como diz Dworkin, não há fórmula que possa proteger de alguns erros, a não ser a argumentação (que, diga-se, não é *fórmula*):

“É claro, nós não podemos encontrar uma fórmula que garanta que todos os juízes atinjam a mesma resposta em casos constitucionais complexos, novos ou cruciais. Nenhuma fórmula pode nos proteger de um Lochner, que Posner nos diz possuir má reputação, ou de um Bowers v. Hardwick, no qual foi sustentado uma lei que criminalizava a sodomia consentida. O lado negativo desses casos não repousa em nenhum vício constitucional ou excesso judicial. Depois de quase um século tratando Lochner como um bode-expiatório, ninguém produziu um teste mecânico no qual ele falhe. O vício das más decisões são maus argumentos e más convicções, e tudo que nós podemos fazer acerca dessas más decisões é apontar como e onde estão os maus argumentos”.⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ Neste sentido, Laurence Tribe: “Constitutional value-choices cannot be made, however, without recourse to a system of values that is at least partly external to the constitutional text, since neither the liberty to decide to carry a pregnancy to term nor the liberty to work for less than four dollars per hour are explicitly mentioned in the Constitution. The value system that prefers the former liberty to the later may be one that is widely held among judges or even society in general, but that does not change the fact that it is external to the literal text of Constitution.” TRIBE, Laurence H. **On reading...** Op. Cit., p. 66.

⁶⁵⁹ Acerca da argumentação plausível, vide: PERELMAN, Cháim. **Ética...** Op. Cit., especialmente os capítulos III e IV, Segunda Parte; DWORKIN, Ronald. **Freedom's...** Op. Cit., passim; RAWLS, John. Op. Cit., p. 209-245. Vide, também o voto do Justice Holmes em *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905) Cit.

⁶⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Freedom's...** Op. Cit., p. 82. “Of course, we cannot find a formula which will guarantee that judges will all reach the same answer in complex or novel or crucial constitutional cases. No formula can protect us from a *Lochner*, which Posner tells us stinks, or from a *Bower's v. Hardwick*, which upheld a law making consensual sodomy a crime. The stench of those cases not lies in any constitutional vice or judicial overreaching. After a near century of treating *Lochner* as a whipping boy, no one has produced a sound mechanical test that it fails. **The vice of bad decisions is bad**

Os *Justices* da Suprema Corte já admitiram isso, como exemplo, o *Justice Harlam* em *Poe v. Ullman* que asseverou que a *tradição*, os *ensinamentos da história* e a autoconstrução dos juizes são auxiliares no momento da decisão e da definição do que é *due process of law* num dado caso:

*“O melhor que pode ser dito é que no curso de decisões desta Corte ele representou a ponderação que nossa Nação, construída sobre os postulados do respeito à liberdade do indivíduo, tem cunhado entre a liberdade e as demandas de uma sociedade organizada. Se o preenchimento do conteúdo deste conceito constitucional não foi um processo necessariamente racional, ele certamente não foi um no qual os juizes sentiram-se livres para perambular sem guias para onde a especulação os pudesse conduzir. A ponderação sobre a qual eu falo é a ponderação cunhada por este país, relacionada ao que a história ensina como tradições que ele desenvolveu tanto quanto tradições que quebrou. Essa tradição é viva. (...) Cada nova reivindicação por proteção constitucional deve ser considerada pelo ângulo dos propósitos constitucionais, como eles têm sido racionalmente concebidos e historicamente desenvolvidos. Embora exerçamos julgamento limitado e nitidamente constrito, ainda assim não há nenhum padrão de medida ou resposta mecânicos. A decisão de uma reivindicação constitucional aparentemente nova depende de premissas, baseadas fielmente em princípios e critérios bem-aceitos. Ela deve ter ‘seu espaço em relação ao que passou e além disso [corte] um canal para o que virá’.”*⁶⁶¹

Outros referiram que os juizes não ficam sem limites ou sem escoras quando utilizam o devido processo legal em versão substantiva, e que não agem guiados pelas suas visões personalísticas, mas guiados pela razão e pelas *tradições* da profissão legal:

*“Os vagos contornos da Cláusula Devido Processo Legal não deixam os juizes à deriva. Nós não podemos formular idéias baseados apenas nas nossas pessoais ou privadas e desconsiderar os limites que refreiam os juizes em sua função política. Mesmo que o conceito de devido processo legal não seja definitivo e fixo, esses limites derivam de considerações que estão amalgamados na própria natureza do nosso processo judicial. Essas são considerações profundamente enraizadas na razão e nas tradições da profissão legal.”*⁶⁶²

argument and bad convictions; all we can do about those bad decisions is to point out how and where the arguments are bad.” [sem grifos no original]

⁶⁶¹ *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961). Cit. Voto dissidente do *Justice Harlam*. “The best that can be said is that through the course of this Court’s decisions it has represented the *balance* which our Nation, built upon postulates of respect for the liberty of the individual, has struck between that liberty and the demands of a organized society. If the supplying of content to this Constitutional concept has of necessity been a rational process, it certainly has not been one where judges have felt free to roam where unguided speculation might take them. The *balance of which I speak is the balance struck by this country, having regard to what history teaches are the traditions from which it developed as well as the traditions from which it broke. That tradition is a living thing.* (...) Each new claim to Constitutional protection must be considered against a background of Constitutional purposes, as they have been rationally perceived and historically developed. *Though we exercise limited and sharply restrained judgement, yet there is no ‘mechanical yard-stick’, no ‘mechanical answer’. The decision of an apparently novel claim must depend on grounds, which follow closely on well-accepted principles and criteria. They must take ‘its place in relation to what went before and further [cut] a channel for what is to come’.*” [sem grifos no original]

⁶⁶² *Rochin v. California*. Citado no voto dissidente do *Justice Harlam* em *Poe v. Ullman*. *Poe v. Ullman* 367 U.S. 497 (1961). Op. Cit., p. 545. “The vague contours of the Due process of law Clause **do not leave the judges at large**. We may not draw on our merely personal and private notions and disregard the limits that bind judges in their political function. Even though the concept of due process of law is not final and fixed, these limits are derived from considerations that are fused in

É fato, pois, que nas aplicações do devido processo legal substantivo não há guia constitucional específico, resposta clara ou menção particularizada do assunto. Existem escolhas valorativas que são caracteristicamente legislativas e que não podem ser solvidas através de respostas mecânicas ou de fórmulas estanques. Muitos dos que defendem a atividade judicial de revisar essas escolhas valorativas feitas pelos Legislativos ou Executivos buscam demonstrar que a argumentação é um apoio de legitimação necessário e imprescindível no momento de realização judicial de escolhas valorativas, como as ensejadas pelo devido processo legal substantivo. Sem ela, o risco de *abuso* e subjetivização das decisões judiciais é mais sério. Assim também a simples referência a que os juízes se autoconstringem, que estão escorados pela *tradição*, pelos ensinamentos da história, pela *justiça*, pela *razão*, parece vaga demais e insuficiente para gerar a segurança e a previsibilidade necessárias às decisões judiciais. Intencionando amenizar estes problemas, a Suprema Corte elaborou, ao longo das décadas, rumos formais e *doutrinas* para a argumentação das decisões produzidas através do devido processo legal substantivo. São *testes* e *doutrinas* que, embora *formais*, auxiliam no fornecimento de *previsibilidade* e *segurança*, bem como são auxiliares na forma de utilização e de aplicação do *princípio*. No item que se segue serão tratados estes *testes* e *doutrinas*: o *teste da razoabilidade*, a *doutrina da posição preferencial*, o *balancing* e, ainda, a *presunção de inconstitucionalidade dos atos legislativos*.

4.3 CARACTERÍSTICAS DE APLICABILIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO

Até este ponto do capítulo, estudou-se a *razão abstrata* do devido processo legal substantivo, as relações desta *razão abstrata* com a *plasticidade* característica dos *princípios* constitucionais; examinou-se a *função* do devido processo legal substantivo, mencionou-se alguns efeitos gerados pela aplicação do *princípio* no controle jurisdicional de constitucionalidade e no papel do Poder Judiciário, bem como a opinião de estudiosos sobre estes efeitos. Por fim, viu-se que as decisões judiciais calcadas no devido processo legal substantivo carecem de argumentação, pois a simples menção ao *princípio* não exaure a necessidade de motivação, uma vez que seu emprego está, no mais das vezes, atrelado à consulta de elementos externos ao texto constitucional. Neste tópico, serão examinados rumos formais de argumentação – traduzidos na forma de um *teste* – que direcionam a argumentação das decisões fulcradas no devido processo legal substantivo, como também os *padrões* comportados por estas diretrizes formais.

Primeiramente, avaliar-se-á o *teste* propriamente dito e cada uma de suas etapas – subitem 4.31. Após, comentar-se-á o duplo padrão do *teste*, enfocando as *doutrinas* constitucionais que o sustenta, as

the whole nature of our judicial process.. These are considerations deeply rooted in reason and in the compelling traditions of the legal profession.” [sem grifos no original]

doutrinas da posição preferencial e do *compelling interest*- subitem 4.3.2. E, finalizando a pesquisa, serão escritas brevíssimas linhas sobre a *presunção de inconstitucionalidade* de atos normativos cerceadores de *direitos preferenciais* – subitem 4.3.3.

4.3.1 O TESTE DA RAZOABILIDADE E SEUS DOIS PADRÕES: TESTE DA RAZOABILIDADE MÍNIMA E ESCRUTÍNIO ESTRITO.

O *teste da razoabilidade* constitui-se em um encadeamento de passos formais que conduzem a argumentação da aplicação da faceta substantiva do devido processo legal. O *teste* foi formulado originariamente para o devido processo legal, e sua explicação pode ser encontrada em um caso decidido ainda no século XIX, o *Lawton v. Steele*,⁶⁶³ no voto do *Justice Brown*. Desde lá, seja de forma explícita ou tácita, a Suprema Corte segue o roteiro argumentativo do *teste da razoabilidade*. Edward Keynes, comentando a formulação do *teste* feita em *Lawton v. Steele*, diz que nele foi articulado um *teste* em *quatro etapas*, etapas estas que Keynes obtém através da divisão das duas etapas centrais formuladas pelo *Justice Brown*: “Ele então articulou um teste de quatro etapas para valorar a constitucionalidade de medidas do poder de polícia. Primeiro, a regulação deveria promover um propósito público. Segundo, deveria existir uma relação razoavelmente direta entre a regulação e o objetivo declarado pela legislatura. Terceiro, a regulação não poderia onerar indevidamente um indivíduo ou uma classe particular. Quarto, a legislatura não poderia invocar o poder de polícia para enriquecer ou beneficiar um grupo, a menos que tal medida servisse a um propósito público”.⁶⁶⁴

Depois desta formulação inicial, este *iter* argumentativo foi diversas vezes seguido pelos *Justices* da Suprema Corte em casos nos quais havia o contraste entre o poder de polícia e direitos protegidos pelo devido processo legal. Com o tempo, o *teste da razoabilidade* foi angariando contornos mais seguros. Durante a *Era Lochner*, sua formulação era basicamente esta, havendo acréscimo, algumas vezes, de uma etapa preambular, qual seja, o exame do direito, para verificar se ele era ou não protegido pelo *due process of law* e da existência ou não de uma *constricção* deste direito. Mais tarde, outra parte do *teste* foi amenizada, a que se refere ao caráter *classista* do ato normativo constritor de direitos. Isso ocorreu na passagem para o *Welfare State*, no qual a noção de *class legislation* diminuiu seu campo de abrangência, pois o fato de os atos normativos poderem proteger e tutelar partes *hipossuficientes* (como trabalhadores,

⁶⁶³ *Lawton v. Steele*. 152 U.S. 133 (1894) Cit. Vide supra, capítulo II, subitem 2.2.1.

⁶⁶⁴ KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 113. “He then articulated a four-part test for evaluating the constitutionality of police measures. First, the regulation had to promote a public purpose. Second, there had to be a reasonably direct relation between the regulation and the legislature stated objective. Third, the regulation could not unduly burden a particular individual or class. Fourth, the legislature could not invoke the police power to enrich or advantage a group unless the measure also served a public purpose.”

consumidores, etc.), formadores de *classes* específicas, mostrou-se mais aceito.⁶⁶⁵ Para estudar o *teste da razoabilidade*, neste trabalho, por conclusão da autora após o exame dos casos da Suprema Corte, ele será separado em três etapas básicas, cada uma delas comportando subdivisões: a) privação, por *state action*, de direitos protegidos pelo devido processo legal; b) legitimidade do fim pretendido; c) ponderação entre fins e meios. Cada uma delas será avaliada a seguir.

Conforme repetidamente afirmado, para que o devido processo legal substantivo seja chamado a atuar, mister se faz que haja uma **privação** nos *bens* ou nas *liberdades* por ele tutelados. Ausente essa privação, ausente a garantia dele. Em coerência com essa afirmação atua o *teste da razoabilidade*, cujo primeiro passo é exatamente a averiguação da presença de um *bem* ou de uma *liberdade* tutelados pelo devido processo legal sendo restringido. Se o resultado dessa primeira etapa do *teste* for negativo, concluindo-se pela não-ocorrência de **privação** ou pela inexistência de um direito tutelado pelo *due process of law*, os demais passos do *teste* capitulam, retirando-se a possibilidade de escora decisória no devido processo legal substantivo. Então, a pergunta preambular do *teste da razoabilidade* versa sobre o exame dos direitos em jogo: *há um bem ou uma liberdade sofrendo privação?*

Esta simples interrogação deve ser destrinchada em duas para ser respondida. Primeiro, deve-se aferir se o direito em questão é protegido pelos termos utilizados na redação do *princípio* do devido processo legal na Constituição. Isto é, há que se avaliar se o *valor específico* em jogo é ou não encampado pelas expressões genéricas sob tutela do *princípio*, os *bens* e a *liberdade*. É neste momento que será decidido se o *valor* que uma das partes argui está ou não presente *dentro* dos termos genéricos da redação do *princípio*. Nos Estados Unidos, significa o momento em que os juízes escolherão se um direito do *Bill of Rights* será incorporado ou não pelo *due process of law* da Décima Quarta Emenda, ou se um direito *não enumerado* será protegido ou não pelo *princípio*, conduzindo à utilização autônoma da *doutrina* do

⁶⁶⁵ Esta afirmação está em conformidade com a noção de perda de generalidade e abstração dos atos legislativos e executivos no Estado de Bem-Estar Social e nas sociedades complexas e plurais. Cada vez mais as pessoas são categorizadas e separadas em classes, sem prejuízo da validade e legitimidade do ato normativo. Tal perspectiva era muito menos acatada no século XIX e início do XX, auge do Estado Liberal, em que lei, a figura neutra e apaziguadora, deveria atingir a todos indistintamente. Todavia, cabe ainda referir que essa questão das classes e dos atos normativos que atingem apenas algumas classes, beneficiando-as ou prejudicando-as; hodiernamente passam pelo *teste de razoabilidade da equal protection*, a fim de verificar se a separação em classes é efetivamente fundada e não esconde algum propósito discriminatório, como o sexista ou o racista. Aqui se entrevê, pois, mais uma faceta do decantar das diferenças entre o *substantive due process of law* e a *substantive equal protection*, que ocorreu na década de 1950. Sobre as legislações classistas e a diminuição das características de generalidade e abstração, e também sobre a crise legislativa (*maré legislativa, crise da legalidade, inflação legislativa, colonização legislativa...*) vide: ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit., passim; FREIRE, Manoel Antonio Peña. Op. Cit., passim; DOBROWOLSKI, Sílvio. A inflação legislativa e a jurisdição constitucional. *Revista Sequência*. Florianópolis, UFSC, ano XXI, n.39, dezembro de 1999. p. 79-95; CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Op. Cit., especialmente o capítulo introdutório.

devido processo legal substantivo.⁶⁶⁶ Segundo, deve-se verificar se existe *privação* deste direito e se esta é produto de um órgão, poder ou agente estatal, em qualquer de suas esferas. É aqui, pois, que os juízes verificam a existência de uma *state action*.⁶⁶⁷ Importa aduzir que neste ponto do *teste* também é averiguada a extensão em que o direito é afetado, ou seja, se o é em grau mínimo, leve, médio, máximo, dentre outras gradações.

Quando fazem esta escolha preliminar, os juízes já estão labutando com escolhas valorativas. Há variados direitos que não merecem este *status*, por serem passíveis de inúmeras regulações e, inclusive, constrições absolutas por parte do poder público, enquanto outros angariam um patamar mais alto, que garante que somente serão constringidos com observância do devido processo legal. Decidir se um direito é *fundamental* a ponto de ser *incorporado* ou se é *fundamental* a ponto de, em que pese não explicitado na Constituição, ser protegido pelo *princípio* e, portanto, não ser alvo de qualquer constrição governamental, é escolher se o direito é ou não um *valor* prioritário numa determinada sociedade. Há, neste ponto da decisão judicial, uma escolha valorativa inegável e de extrema relevância.⁶⁶⁸

⁶⁶⁶ No Brasil, parece não haver necessidade premente de uma *doutrina* como a da *incorporação seletiva*, uma vez que a Declaração dos Direitos Fundamentais exposta na CF/88 não distingue entre o governo federal e os estaduais para sua aplicação. Pode-se dizer que todas as liberdades e os bens elencados na CF/88 estão sob guarda do devido processo legal, evitando-se a noção de redundância do legislador constituinte na dicotomia *direitos* e *garantias*, tomadas as liberdades e os bens como pertencentes ao primeiro e o devido processo legal às segundas. No entanto, não há impeditivo para que se opte pela noção de que algumas das liberdades e dos bens constantes na CF/88 são salvaguardadas pelo devido processo legal e outras não o são. Neste caso, necessário seria a confecção de uma *doutrina* ao estilo da incorporação seletiva, hábil a auxiliar na formulação da justificativa de por que algumas liberdades e bens recaem na proteção do devido processo legal e outras não. Ao mesmo tempo, a utilização autônoma do *substantive due process of law* pode ter um campo mais restrito no Brasil em consequência de a CF/88 ser recente e trazer um rol extenso de liberdades e de bens que, dependendo da interpretação fornecida, poderão abarcar também alguns direitos sociais ou direitos transindividuais e difusos. Ou seja, como a Constituição é analítica, é bem mais detalhada nos direitos que assegura que a Constituição norte-americana e, sendo recente, traz enumerados em seu corpo uma série de direitos reconhecidos ou mesmo surgidos em épocas próximas. Então, a tarefa de determinar direitos não enumerados é mais complexa nos Estados Unidos, cuja Constituição sintética prevê, de modo bastante geral, certos direitos e, sendo pouco emendada, traz até hoje um rol de direitos muito similar aos direitos a que se referia em 1791. Assim, dada a *historicidade* dos Direitos Fundamentais, a tarefa atualizadora da Declaração de Direitos recai em grande parte nas mãos das Cortes de Justiça. Todavia, dizer que no Brasil o reconhecimento judicial de direitos não enumerados a serem protegidos pelo *due process of law* dar-se-ia em menor escala não é, sobremaneira, o mesmo que afirmar que não se possa reconhecer judicialmente direitos não enumerados, mas implícitos no texto constitucional ou compatíveis com a Constituição mas por ela não esposados por não existentes à época de sua redação. Isso é não apenas possível como é norma constitucional, princípio inscrito no artigo 5º, § 2. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Op. Cit., Artigo 5º, § 2º.

⁶⁶⁷ Há que ser lembrado que a existência de *privação* é essencial. Se ela não existir, o *due process of law* não pode ser invocado. Se o for para concessões de direitos, sua razão de ser estará comprometida e ele se tornará um guardião do poder e não dos Direitos Fundamentais. Diz-se, também, que esta privação deve ser oriunda de um ente público, dotado de poder, não cabendo, de regra, a tutela do *due process of law* quando a privação advém de agentes privados ou particulares. No entanto, é de bom tom trazer à tona as atuais discussões sobre a vinculabilidade *horizontal* dos Direitos Fundamentais, ou seja, a capacidade de exigir-se de entes privados a sua observação. Sobre estes tópicos, vide supra, capítulo II, subitem 2.1.1 os escritos excelentes de Ingo Sarlet. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 337 e ss. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação de particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada, construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163.

⁶⁶⁸ Sobre este tema é muito interessante um capítulo da obra *On reading the Constitution*, de Laurence Tribe. É o capítulo terceiro, dedicado, na íntegra, à exposição do modo e dos fundamentos que a Suprema Corte estadunidense faz uso

Um notório exemplo da manifestação negativa da Suprema Corte a esta indagação do *teste da razoabilidade* é o caso *Bowers v. Hardwick*,⁶⁶⁹ no qual a Suprema Corte não considerou que a sodomia homossexual, mesmo quando realizada entre adultos, de forma consentida e em locais privados, fazia parte do direito de *privacidade*. A maioria na Corte terminou neste ponto o *teste da razoabilidade*, pois o que estava sendo *constrito* não foi reputado uma *liberdade fundamental* apta a receber a tutela da *liberdade genérica* aposta na redação do *princípio* do devido processo legal. Assim, o *substantive due process of law* não atuou no caso em tela, pois o *valor* reclamado não estava, aos olhos da Corte, dentre aqueles que ele protege.⁶⁷⁰ A escolha valorativa aqui feita fica clara quando se atenta para os votos dissidentes. Estes aceitaram que a sodomia homossexual, entre adultos, consentida e realizada em locais privados, está inclusa no *princípio* da *privacidade*, parte da *liberdade genérica* tutelada pelo devido processo legal. Na concepção minoritária, o *teste da razoabilidade* e a tutela do devido processo legal não teriam parado neste ponto, pois não se tratava do direito de sodomia, mas do direito, dantes reconhecido pela Corte em variadas decisões, *de estar só* e *de fazer escolhas íntimas*. Houve, no voto dissidente, acusação do voto majoritário, por considerá-lo contaminado por preconceitos, leituras religiosas e intolerância ao que causa animosidade e desconforto às pessoas. Os *Justices* que votaram em dissidência levaram adiante o *teste da razoabilidade*, partindo para suas outras etapas, até atingirem a conclusão de que a lei era inconstitucional.⁶⁷¹

Em *Moore v. East Cleveland*,⁶⁷² aparece não apenas a primeira parte da primeira etapa do *teste da razoabilidade*, mas as duas. A primeira parte, consoante já explicitado, é a verificação do *valor*, se é ou não direito tutelado pelo devido processo legal. Se for, segue-se para a parte seguinte, que é a averiguação

para decidir se um direito é ou não fundamental. São importantes também as considerações tecidas por esse autor acerca do reconhecimento de *direitos não enumerados* no capítulo dois da referida obra. no qual esse constitucionalista mostra que apesar de a Constituição não mencioná-los especificamente, há um *princípio* que os comporta: o *due process of law*. Vide: TRIBE, Laurence H. **On reading...** Op. Cit., p. 49-52; 65-80.

⁶⁶⁹ *Bowers v. Hardwick*. 478 U.S. 186 (1986) Cit., p. 190-191.

⁶⁷⁰ Na *opinion* da Corte foi demonstrado quando um direito será considerado fundamental para ser encampado na proteção do *due process of law*. Pode-se resumir assim quanto às liberdades: a) direitos que estão implícitos no conceito de *ordered liberty*, sem os quais nem a liberdade nem a justiça seriam possíveis; b) direitos profundamente arraigados na tradição da Nação. É também de interesse a manifestação do *Justice* Goldberg, no caso *Griswold v. Connecticut*, sobre a determinação de quais direitos são hábeis a receber a tutela do *due process of law*. A propósito, lembra-se que em *Griswold* foi reconhecido como parte do direito de *privacidade* o direito de casais adquirirem e usarem métodos contraceptivos e de médicos de prescrevê-los, havendo cumprimento de parte da primeira etapa do teste da *razoabilidade*. “*In determining which rights are fundamental, judges are not left at large to decide cases in light of their personal and private notions. Rather they must look to the ‘traditions and [collective] conscience of our people’ to determine whether a principle is ‘so rooted [there] ... as to be ranked as fundamental’.* The inquiry is whether a right involved is ‘of such character that it cannot be denied without violating those ‘fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions. ‘Liberty also ‘gains content from emanations of ... specific [constitutional] guarantees’ and ‘from experience with the requirements of a free society’”. Cf. *Bowers v. Hardwick*. 478 U.S. 186. (1986). Cit., p. 192-193. *Griswold v. Connecticut*. 381 U.S. 479 (1965). Cit. Voto do *Justice* Goldberg, concorrente. p. 493

⁶⁷¹ *Id.* Voto dissidente dos *Justices* Blackmun, Brennan, Marshall e Stevens. p. 199 e ss.

⁶⁷² *Moore v. East Cleveland* 431 U.S. 494 (1977). Cit., p. 498-499.

da existência de uma *privação* deste direito advinda de um órgão dotado de poder estatal, em qualquer esfera. Em *Moore*, a pluralidade da Corte considerou um direito tutelado pelo devido processo legal a liberdade de fazer escolhas concernentes aos arranjos e forma de vida familiar, e disse que a lei, ao delimitar os membros de uma família que poderiam compartilhar o mesmo teto, operara a constrição desta *liberdade* de escolha. Nota-se, pois, que a resposta às duas partes da primeira etapa do *teste da razoabilidade* foi positiva: a aceitação do *valor* alegado como liberdade protegida pelo devido processo legal e a constatação de privação dela por ato normativo.⁶⁷³ Em um dos votos concorrentes, o *Justice* que o emitiu não sentiu necessidade de calcar seu arrazoado em direito *não enumerado*, mas disse que havia *constrição* de um direito tutelado pelo devido processo legal, *enumerado*, qual seja a disposição da propriedade.⁶⁷⁴ Vê-se que as escolhas dos direitos e a constatação da privação foram diversas, todavia o resultado, em termos do *teste da razoabilidade*, foi idêntico, passagem para as demais etapas do *teste*. Em um dos votos dissidentes, da lavra do *Justice White*, apesar de negar a faceta substantiva do devido processo legal, ele realizou os passos do *teste da razoabilidade*. Na primeira parte da etapa inicial, este *Justice* optou pela inexistência, no caso, de um direito *forte* a ponto de receber a tutela do *princípio*, dizendo:

*"Eu não posso acreditar que o interesse em residir com mais de uma estirpe de netos é um que mereça qualquer tipo de proteção mais densa diante da cláusula do Devido Processo legal. Dizer que alguém possui o direito pessoal de viver com todos, ao invés de alguns de seus netos e que este direito está implícito na liberdade ordenada significa (...) estender os limitados contornos substantivos da cláusula do Devido Processo legal além dos reconhecidos. A presente queixa dificilmente é uma daquelas das quais se poderia dizer que 'nem a liberdade nem a justiça existiriam [se] ela fosse sacrificada'".*⁶⁷⁵

Esta escolha sobre a fundamentabilidade de um *direito não enumerado* ou sobre a *incorporação seletiva* de um *direito enumerado* apresentou-se em diversos casos decididos com base no devido processo legal substantivo. Ao tomar esta decisão, a Corte estava resolvendo a primeira parte da primeira etapa do *teste da razoabilidade*. E, em seguida, respondia acerca da segunda parte: a existência de uma *privação*. Cabe, aqui, lembrar alguns desses casos. Em *Loving v. Virginia*,⁶⁷⁶ a Corte considerou fundamental a liberdade de casar, incluída na *liberdade genérica* protegida pelo devido processo legal.

⁶⁷³ *Id.* p. 498-506.

⁶⁷⁴ *Id.* Voto concorrente do *Justice Stevens*. p. 513-521.

⁶⁷⁵ *Id.* Voto dissidente do *Justice White*. p. 549. "I cannot believe that the interest in residing with more than one set of grandchildren is one of that calls for any kind of heightened protection under the Due process of law Clause. To say that one has a personal rights to live with all, rather than some, of one's grandchildren and that this right is implicit in ordered liberty is (...) 'to extend the limited substantive contours of the Due process of law Clause beyond recognition. The present claim is hardly one of which it could be said that 'neither liberty nor justice would exist if [it] were sacrificed'."

⁶⁷⁶ *Loving v. Virginia*. 388 U.S. 1 (1967). *Cit.*

Considerou, também, que a lei estava *constringindo* esta liberdade. Em *Zablocki v. Redhail*,⁶⁷⁷ a Corte labutou sobre o mesmo direito, reafirmando seu caráter fundamental e sua tutela pelo devido processo legal, reconhecendo a ocorrência de uma privação. Nos casos decididos na *Era Lochner*, a liberdade contratual era reputada como pertencente à *liberdade genérica* protegida pelo devido processo legal, como ocorreu no próprio *Lochner v. New York*.⁶⁷⁸ Nos casos de *incorporação seletiva*, as liberdades da Primeira Emenda foram cotadas como *fundamentais* em um grau que autorizava sua canalização para os estados e sua inserção na *liberdade genérica* do devido processo legal, como ocorreu em *Gitlow v. New York*,⁶⁷⁹ com a liberdade de expressão. Em muitos casos, situações de cunho privado foram introjetadas na *liberdade genérica* do *princípio*, sob a insígnia de *privacidade*, como aconteceu em *Stanley v. Georgia*.⁶⁸⁰ Nos casos estudados nos capítulos anteriores são variados os exemplos desse primeiro passo do *teste da razoabilidade*, havendo ilustrações de sua negativa e de sua compleição.

Vê-se, pois, que a primeira etapa do *teste da razoabilidade* consiste em averiguar se o *valor* argüido como constricto é um direito protegido pelos termos genéricos *bens* e *liberdade*, inscritos na forma redacional do *princípio* do devido processo legal. Pode ser assim esquematizada: a) Avaliação do *valor* alegado como constricto. a.1) O bem ou a liberdade são tutelados pelo *princípio* do devido processo legal? a.2) Existe efetivamente uma privação (constrição, restrição, abolição, redução, diminuição, cerceamento etc.) deste direito provinda de um agente/órgão dotado de poder estatal? a.3) Qual o grau desta privação? Caso as respostas às indagações *a.1* e *a.2* sejam negativas, não haverá tutela do devido processo legal. Assim sendo, o ato normativo não poderá ser inconstitucionalizado com base no devido processo legal.* Se a conclusão for afirmativa, passa-se à segunda etapa do *teste*, para a continuidade da verificação da constitucionalidade do ato normativo em face ao *devido processo legal substantivo*.

A segunda etapa do *teste da razoabilidade* consiste em verificar qual o *fim* que se pretende atingir e se este *fim* é constitucionalmente aceito e possível. Isto é, se o objetivo almejado pelo Estado (em qualquer esfera, em qualquer nível) coaduna-se ou não com o corpo de *princípios* da Constituição e com os poderes atribuídos por ela. Quando cerceia um bem ou uma liberdade, o Estado o faz em nome da promoção de um outro *valor* constitucionalmente possível, como o interesse público (que pode consubstanciar-se na tutela da saúde, da segurança ou da moral públicas, dentre outros), o interesse de uma classe específica digna de tutela (trabalhadores, consumidores, crianças, etc.), ou mesmo a efetivação

⁶⁷⁷ *Zablocki v. Redhail*. 434 U.S. 374. *Opinion* da Corte. p. 383-387.

⁶⁷⁸ *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905). Cit.

⁶⁷⁹ *Gitlow v. New York*. 268 U.S. 652 (1925). Cit.

⁶⁸⁰ *Stanley v. Georgia*. 394 U.S. 557 (1969). Cit.

* Sem prejuízo, é claro, de sê-lo com fulcro em outro princípio constitucional.

de outro Direito Fundamental.* Neste ponto do *teste*, aparecem também escolhas valorativas, já que são determinados para quais *valores* um Estado pode e para quais não pode usar seu poder para promover. A pergunta a ser respondida é a seguinte: *O fim almejado pelo Estado é legítimo (aceito constitucionalmente) e é o real motivo justificador da constrição de direitos tutelados pelo devido processo legal?*

Mais uma vez percebe-se que a indagação pode ser dividida em duas partes. Uma, a legitimidade do *fim*. Outra, a realidade do *fim*. A primeira consiste em verificar se o *valor* que se pretende concretizar é aceito e possível constitucionalmente. A segunda consiste em verificar se o *fim alegado* pelo Estado é de fato o motivo da medida constritora, ou se é apenas um argumento retórico que esconde atrás de si fins ilegítimos, privatísticos ou mesmo ilícitos. Rememore-se esta etapa do *teste da razoabilidade* em alguns dos casos descritos nos capítulos dois e três desta dissertação.

Os *fins* almejados pelos estados (ou governo federal ou municipal, dependendo do caso) foram, inúmeras vezes, tarjados como legítimos e aceitos pela Suprema Corte. Anote-se, como exemplo, *Runyon v. McCrary*,⁶⁸¹ no qual o ato de evitar a discriminação racial e a segregação nas escolas foi tomado como objetivo legítimo a ser buscado pelo estado. Em *Wisconsin v. Yoder*,⁶⁸² a Corte não só considerou legítimo o *fim* intencionado – a promoção da educação formal de crianças e de adolescentes – como ainda de alta monta (*compelling*). Em *Adair v. United States*,⁶⁸³ a Corte admitiu a possibilidade do *fim* pretendido, a proteção do livre comércio interestadual. Quando o juiz chega ao segundo passo do *teste da razoabilidade* e o completa através da aceitação da legitimidade do *fim*, pode passar à terceira etapa do *teste*, ou, se for o caso, para a segunda parte da segunda etapa.

Em alguns casos, a Corte tarjou de ilegítimo o fim pretendido. Um exemplo dessa situação deu-se em *Loving v. Virginia*,⁶⁸⁴ no qual a Corte disse estarem fora de qualquer propósito concebível para um

* Esta última hipótese ocorre quando há choque entre dois Direitos Fundamentais. Por vezes, duas liberdades podem entrar em choque, sendo que, para a realização de uma, a outra deverá ter seu grau de concretização diminuído. Nos EUA, onde a Constituição não traz direitos sociais, a promoção destes confunde-se, muitas vezes, com a promoção do interesse público ou com o interesse de uma classe específica. Portanto, não é muito frequente lá o choque direitos *versus* direitos, sendo mais corriqueiro o embate direitos *versus* poder público na promoção do interesse público ou de uma determinada classe. No Brasil, parece que o embate direitos *versus* direitos pode ocorrer com frequência muito maior, pois a Constituição abarca direitos sociais e transindividuais. Além disso, pode-se especular que, se no termo *bens* forem introjetados alguns direitos sociais, o *fim* será também um direito sob tutela do *due process of law*, havendo choque entre os dois. Estes fatores não são impeditivos da aplicação do *due process of law*; pelo contrário, facilitam-na e diminuem a discricionariedade judicial, uma vez que estão constitucionalmente inscritos muitos dos *fins* que o Estado pode promover, ou seja, quais os *valores* que constitucionalmente estão aptos a justificar o cerceamento de outros *valores* protegidos pelo *due process of law*.

⁶⁸¹ *Runyon v. McCrary*. 427 U.S. 160 (1972). Cit.

⁶⁸² *Wisconsin v. Yoder*. 406 U.S. 205 (1972). Cit.

⁶⁸³ *Adair v. United States*. 208 U.S. 161 (1908).

⁶⁸⁴ *Loving v. Virginia*. 388 U.S. 1 (1967). Cit.

estado os motivos alegados pela Virgínia para cercear a liberdade de casar, quais sejam, a promoção da integridade racial e da pureza do sangue e a manutenção do orgulho racial. Uma vez reputado ilegítimo o *fim*, o *teste da razoabilidade* tem seu papel cumprido. e seu resultado é a inconstitucionalidade do ato normativo constritor de direitos tutelados pelo devido processo legal, haja vista que um *valor* sem escora constitucional não é hábil para justificar qualquer privação nos bens ou nas liberdades das pessoas sem recair na arbitrariedade ou na falta de razoabilidade. Outro exemplo é o caso *Pierce v. Society of Sisters*,⁶⁸⁵ no qual a Corte não encontrou um *fim* legítimo apto a amparar a medida constritora das liberdades.

Nem sempre, porém, os *fins* almejados serão tão claramente expostos como em *Loving v. Virginia*. Pode acontecer que os editores do ato normativo privador de direitos salvaguardados pelo devido processo legal escamoteiem na alegação de um *fim* legítimo um *fim* escuso e ilegítimo, um *valor* não constitucionalmente aceito. Para a Suprema Corte, seria adotar um eufemismo aceitar a simples alegação de um *fim* legítimo sem verificar também se ele é o *real* motivo do ato normativo, pois o contentamento com *fins* declarados pode conduzir a um espaço de poder sem controles. Durante a *Era Lochner*, a Corte distinguia entre o *fim* alegado pelos legisladores e os fins efetivamente intentados. Em *Coppage*, como em *Lochner*, foi dito que as leis alegavam a proteção da saúde e moral dos trabalhadores, propósitos legítimos, mas a Corte vislumbrou neles um objetivo escuso – a regulação salarial, este, à época, reputado *fim* ilegítimo.⁶⁸⁶ Em *Poe v. Ullman*,⁶⁸⁷ o *Justice* Harlan também encontrou um *fim* ilegítimo escondido atrás de um *fim* legítimo que fora alegado pelo legislador. Como fins alegados, o estado apontara a promoção da fertilidade e o evitar do adultério, e o *Justice* Harlan, dizendo que estes dois fins eram legítimos, sugeriu que o que estava por trás dele era outro fim, a imposição da moralidade pessoal de algumas pessoas – que concebiam os anticoncepcionais como imorais – sobre a de outras. Ao se admitir a existência de um *fim* real ilegítimo por trás de um *fim* simbólico legítimo, tem-se a mesma situação de *fim* ilegítimo e, consequentemente, a inconstitucionalidade do ato normativo constritor dos direitos protegidos pelo devido processo legal nele justificado. No entanto, em que pese o fato de os *Justices* fazerem os devidos esclarecimentos quando concebem um *fim* ilegítimo escondido sob o manto de um legítimo, parece raro pararem por aí o *teste da razoabilidade*. Na maior parte das vezes, seguem para a terceira etapa, deixando entrever qual será sua conclusão. Pode-se buscar explicação para este fato

⁶⁸⁵ *Pierce v. Society of Sisters*. 268 U.S. 510 (192) Cit.

⁶⁸⁶ Importa referir que em *Lochner* foi demonstrado que o fim era uma regulação salarial, mas, mesmo assim, para afirmar de modo mais peremptório a inconstitucionalidade, o *Justice* Peckham partiu, com o fim declarado, para as demais etapas do teste. Mas, no momento em que ele identificou e arrazoou a ilegitimidade do fim regulações salariais, já estava clara a conclusão a que chegaria. Cf. *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905). Cit.; *Coppage v. Kansas*. 236 U.S. 1 (1915). Cit.

⁶⁸⁷ *Poe v. Ullman*. 367 U.S. 497 (1961). Cit. Voto dissidente do *Justice* Harlan.

na dificuldade de argumentar e, até mesmo, comprovar que o órgão que produziu o ato normativo não tenha agido de *boa-fé*, ou, em se tratando de órgãos com muitos membros, avaliar o que se passava na mente de cada um ao aprovar uma medida.⁶⁸⁸

Pode-se demonstrar esquematicamente a segunda etapa do *teste da razoabilidade* do modo que se segue: a) Avaliação do *valor* (fim) que o Estado intenciona promover. a.1) O fim almejado pelo Estado é constitucionalmente aceito e possível? a.2) O fim legítimo declarado pelo Estado corresponde às reais motivações do ato normativo constritor dos bens e da liberdade ou são apenas simbólicos? Se a resposta à alínea *a.1* for negativa, prejudicado estará o terceiro passo do *teste* e o ato normativo questionado não estará acorde com o devido processo legal substantivo, havendo inconstitucionalidade. Se a resposta a essa alínea for positiva, passa-se à terceira etapa do *teste*. As respostas à alínea *a.2* trazem iguais consequências, muito embora seja de difícil argumentação, e, por isso, mesmo uma resposta negativa pode conduzir a outra etapa do *teste*, para que a argumentação da decisão não fique frágil ou mesmo especulativa.

Até aqui, em cada uma das etapas do *teste da razoabilidade*, seus aplicadores labutam com *valores* de forma isolada. Primeiro avaliam o *valor* alegado como constrito, para enquadrá-lo ou não dentre os bens e liberdades tutelados pelo devido processo legal. Depois, apreciam o *valor* que o Estado alega estar promovendo (*fim*) através da constrição do *bem* ou da *liberdade* protegidos pelo *princípio* (*meio*). A terceira etapa do *teste* consiste em *sopesar* esses *valores*, ponderá-los, para perceber se um deles tem *peso* suficiente para justificar a diminuição no grau de concretização do outro. Ou seja, como meio para atingir o fim legítimo e real, o Estado cerceia um determinado *valor* protegido pelo devido processo legal. Na terceira etapa do *teste*, os juízes verificarão se o *fim* é *forte*, se tem *peso* suficiente para embasar a constrição dos bens e liberdades sob guarida do *princípio*, vendo, também se o *fim* pode efetivamente ser atingindo pelo meio escolhido e se não há existência de outros *meios* mais suaves e menos intrusivos nos bens ou liberdades das pessoas. A pergunta desta etapa do *teste* pode ser assim formulada: *Há conexão entre o fim pretendido e o meio escolhido, não havendo outros meios alternativos menos lesionadores dos bens e das liberdades, e até que grau este fim é hábil a justificar o meio?* De pronto nota-se que a *ponderação* entre fins e meios dá-se em três partes. Primeira, verificação da conexão do *fim* pretendido com o *meio* escolhido. Segunda, a verificação da inexistência de outros meios, menos lesivos a direitos, para o alcance do fim pretendido. Terceira, apreciação do grau em que o fim é hábil a justificar o meio seletivo.

⁶⁸⁸ Sobre a *presunção de inconstitucionalidade* de atos normativos constritores de direitos protegidos pelo *due*

Antes de ilustrar cada uma dessas questões com decisões da Suprema Corte, convém informar que esta é a etapa nuclear do *teste* que ora se apresenta, essencial a ponto do *Justice Harlan* tê-la mencionado como “*o coração do devido processo legal substantivo*”.⁶⁸⁹ por ser exatamente aqui que os juízes penetram nas *escolhas valorativas* empreendidas pelos legislativos e executivos. Trata-se do núcleo meritório dos atos normativos que o devido processo legal autoriza os juízes a revisar; a verificação do *grau* e o balanceamento do *peso* de cada um dos *valores* serão feitos neste momento. Por isso, é clímax do *teste*, que, em grande parte dos casos somente findará aqui. É a etapa mais explicitada e também que requer mais argumentação e maior recurso a elementos extraconstitucionais.

Há que se mencionar, também, que se as respostas às questões desta etapa do teste forem positivas, a lei terá *passado* no *teste da razoabilidade*, sendo, portanto, acorde com o *substantive due process of law* e, portanto constitucional ante este princípio:*

*“Na medida em que os requerimentos do devido processo legal são respeitados, e na ausência de qualquer outra restrição constitucional, um Estado está livre para adotar qualquer política econômica que possa ser razoavelmente considerada para promover o bem-estar público e para executar tal política por legislação adequada aos seus propósitos. As Cortes não possuem autoridade nem para declarar esta política, nem, quando ela for declarada pela legislatura, para derrubá-la. Se as leis editadas parecem possuir uma relação razoável com um propósito legislativo adequado, e não são nem arbitrárias nem discriminatórias, os requerimentos do devido processo legal estarão satisfeitos, e a determinação judicial para aquele efeito, exprime uma functus officio da Corte”.*⁶⁹⁰

Aclaradas estas premissas, serão trazidos a lume alguns casos descritos nos capítulos anteriores, com o fito de encaixá-los em cada uma das partes da terceira etapa do *teste*, exemplificando, assim, sua atuação. Quanto à primeira indagação, a conexão entre o *meio* e o *fim*, tem-se interessante debate em *Adair v. United States*.⁶⁹¹ Neste, a maioria da Corte não vislumbrou um forte nexos de causalidade entre o *meio* – diminuição do grau de concretização da liberdade contratual – e o *fim* legítimo ofertado pelo Congresso – livre fluir do comércio interestadual. Porém, em um dos votos dissidentes, um alvitre importante foi elaborado pelo *Justice McKenna*. Ele disse que apenas uma seção tinha sua

process of law, vide infra, item 4.3.3.

⁶⁸⁹ *Zablocki v. Redhail*. 434 U.S. 374. (1978) Cit., p. 395.

* Sem prejuízo, diz-se novamente, de ser inconstitucional frente a outra norma constitucional.

⁶⁹⁰ *Nebbia v. New York*. 291 U.S. 502 (1934). Cit. Voto majoritário do *Justice Roberts*. “*So far the requirement of due process of law is concerned, and in the absence of other constitutional restriction, a State is free to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote the public welfare, and to enforce that policy by legislation adapted to its purpose. The Courts are without authority either to declare that policy, or, when it's declared by the legislature, to override it. If the laws passed are seen to have a reasonable relation to a proper legislative purpose, and are neither arbitrary nor discriminatory, the requirements of due process are satisfied, and judicial determination to that effect renders the a court functus officio.*” [sem grifos no original]

⁶⁹¹ *Adair v. United States*. 208 U.S. 161 (1908). Cit.

constitucionalidade questionada. Então, a correlação de adequação entre *fins* e *meios* que a Corte fizera não era ideal, pois ela havia comparado o *fim* pretendido por toda a lei com o *meio* de uma única seção. *meio* este que fazia parte de um esquema maior, como acessório. Segundo ele, todo o esquema deveria ter sido cotejado com o fim almejado, e assim, se o *meio* da seção *sub judice* estivesse ligado com o *meio* de toda a lei, haveria conexão *meios* e *fins*.⁶⁹² Disto se retira importante lição: quando se avalia a relação *fins* e *meios*, há que se ter cautela na exata determinação do que se está a comparar, e evitar a busca de nexo de causalidade entre um artigo insularizado e o objetivo de toda uma lei, de forma abstrata e despregada do contexto normativo e fático. Por vezes, a correlação pode não aparecer de início, sendo necessário um exame acurado e mais complexo, envolvendo diversas correlações, até que se possa atingir a conclusão com segurança.

*Cleveland Board of Education v. LaFleur*⁶⁹³ é mais um caso no qual não foi encontrada a conexão entre o *meio* adotado – afastamento compulsório de professoras de seus trabalhos a partir de uma certa etapa da gestação – e o *fim* almejado – continuidade das aulas e capacitação física dos professores. Já que a etapa gestacional estabelecida era precoce, mostrou-se não ligada à capacidade física das mulheres, e como este ponto da gestação poderia ser atingido em etapas diversas do ano letivo, a continuidade das aulas poderia ser comprometida justamente pelo afastamento compulsório. Com estas conclusões, o afastamento compulsório das professoras de seus empregos não se mostrou adequado a uma das exigências do *teste da razoabilidade*, a relação de causalidade entre o *meio* selecionado e o *fim* intencionado.

No que diz respeito à existência de *meios* alternativos menos intrusivos nas *liberdades* e nos *bens* protegidos pelo devido processo legal, dois casos ilustrativos são apresentados. Em *Schneider v. New Jersey*,⁶⁹⁴ a Corte lidou com três leis municipais que cerceavam a liberdade de expressão, na forma de distribuição de panfletos e similares nas vias públicas, com o fim de nelas evitar acúmulo de lixo e sujeira. Segundo a Corte, o *meio* não era condizente com o *fim*, dada a existência de *meios* mais óbvios e menos perniciosos à liberdade de expressão à disposição de uma cidade para manter as ruas limpas. Para a Corte, o ônus imposto à cidade, o de limpar as ruas sujas por consequência indireta do uso de uma forma da liberdade de expressão, resulta de uma proteção constitucional de um direito que, mantida, não elimina o poder da cidade de prevenir o lixo nas ruas. Outro caso em que a Corte anteviu a existência de meios

⁶⁹² *Id.* Voto dissidente do Justice McKenna.

⁶⁹³ *Cleveland Board of Education v. LaFleur*. 414 U.S. 632 (1974). Cit.

⁶⁹⁴ *Schneider v. New Jersey*. 308 U.S. 147 (1939). Cit.

alternativos foi *Griswold v. Connecticut*,⁶⁹⁵ no qual o Justice Douglas reprovou a lei no teste da razoabilidade por considerar que o estado possuía meios menos lesivos ao direito de privacidade para atingir os fins a que se dispunha:

*“O presente caso, então, refere-se a uma relação que repousa na zona de privacidade criada por diversas garantias constitucionais fundamentais. E refere-se à lei que, proibindo o uso de contraceptivos ao invés de regular seu fabrico ou sua comercialização, tenta atingir seu objetivo por meios que possuem impacto destrutivo máximo naquela relação. Tal lei não pode perdurar à luz de um princípio familiar, tão freqüentemente aplicado por esta Corte, que diz que ‘um propósito governamental de controlar ou proibir atividades constitucionalmente sujeitas à regulação estatal não pode ser conquistado por meios que desnecessariamente amplos e que por isso invadam a área das liberdades protegidas’. Nós permitiríamos que a polícia investigasse os sagrados cômodos conjugais para procurar sinais do uso de contraceptivos?”*⁶⁹⁶

No que tange à terceira parte desta etapa do teste da razoabilidade, tem-se o exame propriamente dito do peso dos valores em choque, a fim de determinar se o peso do fim justifica uma diminuição no grau de concretização do bem ou da liberdade sob tutela do devido processo legal. Em muitos casos o teste chegou até este ponto, mas aqui serão pinçados dois, que são aptos a expor com clareza este cotejo dos graus de concretização e dos pesos dos valores em choque. Trata-se de *Roe v. Wade*⁶⁹⁷ e de *Rumyon v. McCrary*.⁶⁹⁸ Naquele, a Corte descartou um dos fins alegados pelo estado por considerá-lo ilegítimo. Porém, restaram outros dois, a proteção da saúde feminina e a proteção da vida pré-natal. Ponderando-os com a liberdade cerceada, qual seja, a de decidir sobre levar uma gravidez a termo ou não,* a Corte não atingiu um resultado unívoco, mas uma variação. A proteção da saúde feminina somente adquiriu peso suficiente para embasar diminuições na concretização da liberdade a partir de um ponto da gravidez, qual seja, aquele em que abortos podem ser intervenções médicas mais arriscadas do que partos. Então, a partir do momento em que um parto fosse menos arriscado à saúde feminina do que um aborto, o fim justificaria o meio. Enquanto o risco à saúde representado pelo parto fosse mais alto ou mesmo igual ao de um aborto, o fim alegado pelo estado não poderia se sobrepor ao peso da liberdade, desfazendo-se,

⁶⁹⁵ *Griswold v. Connecticut*. 381 U.S. 479. Cit.

⁶⁹⁶ *Id.* p.485. “The present case, then, concerns a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees. And it concerns a law which, **in forbidding the use of contraceptives rather than regulating their manufacture or sale, seeks to achieve its goals by means having a maximum destructive impact upon that relationship.** Such a law cannot stand in light of the familiar principle, so often applied by this Court, that a ‘governmental purpose to control or prevent activities constitutionally subject to state regulation **may not be achieved by means which sweep unnecessary broadly and thereby invade the area of protected freedoms**’. Would we allow the police to search the sacred precincts of marital bedrooms for telltale signs of the use of contraceptives?” [sem grifos no original]

⁶⁹⁷ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). Cit.

⁶⁹⁸ *Rumyon v. McCrary*. 427 U.S. 160 (1972). Cit.

* A argumentação da ponderação dos valores em *Roe* aconteceu centrada na liberdade feminina de escolher entre levar a termo uma gestação ou não. Todavia, não se pode esquecer que a lei proibitiva do aborto constituía tipo penal, e impunha como sanção a pena de prisão. Desta forma, o meio de cerceamento da liberdade de escolha envolvia também o

assim, a adequação meio-fim. No que diz respeito ao outro fim, a Corte apenas o reputou com *peso* adequado para diminuir a liberdade das mulheres a partir do período gestacional em que o feto passa a ser viável: antes disso, o *peso* maior foi conferido à liberdade.⁶⁹⁹ Em *Runyon v. McCrary*, os fim intentado – a diminuição da discriminação racial e das escolas segregadas, embutido na *equal protection* – estava em conflito com três liberdades salvaguardadas pelo devido processo legal – de associação, dos pais na educação dos filhos e da privacidade. Balanceando todos esses *valores*, a Suprema Corte escolheu o *valor equal protection*, considerando-o forte o suficiente para motivar constrições nos três valores tutelados pelo *due process of law*.

Enfim, esquematiza-se a terceira etapa do *teste da razoabilidade*: a) avaliação do *peso* dos valores em jogo. a.1) Existe nexo de causalidade entre o *meio* escolhido e o *fim* pretendido? a.2) Não existe *meio* alternativo menos intrusivo no *bem* ou na *liberdade* hábil a conduzir ao fim pretendido? a.3) O *fim* pretendido tem *peso* suficiente para justificar a constrição do *bem* ou da *liberdade*? Para que se siga de uma a outra indagação, a resposta da anterior deve ser positiva. Se for negativa, prejudicada fica a seguinte. A negação a qualquer uma significa dissonância com o *princípio* do devido processo legal e, portanto, inconstitucionalidade do ato normativo em exame. Ao contrário, a afirmação das três leva à conclusão de constitucionalidade do ato normativo. No entanto, é importante pôr às claras que essas três interrogações não são totalmente isoladas; a ligação entre elas é íntima e, por vezes, elas estão tão entrelaçadas que é difícil separá-las. Explica-se: um *fim* pode mostrar-se correlacionado a um *meio*, mas em um grau tão mínimo que o *fim* não adquirirá *peso* hábil a embasar o *meio*.

Retomando cada uma das etapas e aglutinando-as, o esquema básico do teste da razoabilidade pode ser expresso assim:

- a) Há privação de um bem ou de uma liberdade?
 - a.1) O bem ou a liberdade alegados são tutelados pelo *princípio* do devido processo legal?
 - a.2) Existe efetivamente uma privação do bem ou da liberdade provinda de um agente/órgão dotado de poder estatal?
 - a.3) Qual o grau desta privação?
- b) O fim almejado pelo Estado é legítimo, real e apto a justificar o meio?
 - b.1) Existe nexo de causalidade entre o meio escolhido e o fim pretendido?
 - b.2) Não existe meio alternativo menos intrusivo no bem ou na liberdade hábil a conduzir ao fim pretendido?
 - b.3) O fim pretendido tem *peso* suficiente para justificar a constrição do bem ou da liberdade?

cerceamento da liberdade de ir e vir. Esta situação pode ser vislumbrada em vários outros casos, nos quais havia estabelecimento de sanção restritiva da liberdade de ir e vir (pena de prisão) ou da propriedade (multas).

⁶⁹⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Cit.

Esta é a formulação *básica* do *teste da razoabilidade*. Por vezes, as perguntas imbricam-se e até mesmo confundem-se. Ou, às vezes, o julgador, apesar de já ter posto fim ao *teste*, segue para outras etapas, com o objetivo de reforçar sua argumentação e ofertar-lhe mais credibilidade. Nada impede, também, que à formulação básica sejam adicionadas outras etapas, ou acoplados outros *testes* específicos, aplicados a bens ou liberdades cerceados, como ocorreu, por exemplo, nos casos de liberdade de expressão com o teste do *perigo claro e iminente*. Isto denuncia que o *teste* não é de alta rigidez, mas apresenta certa flexibilidade. É um roteiro *formal* de argumentação, que não aprisiona aquele que argumenta. O essencial é que ele cumpra seu objetivo: auxiliar na aplicação do *princípio*, evitando desvirtuamentos e confusões, e guiar a argumentação, fornecendo aos destinatários da decisão maior previsibilidade e segurança.

Ademais, o esquema básico não esgota o estudo do *teste da razoabilidade*. O *teste* possui dois padrões de aplicação, dependendo dos *valores* que estão em jogo. Existe um *teste* mais suave, menos rigoroso, intitulado *teste da mera razoabilidade* ou simplesmente *teste da razoabilidade*, no qual os juízes fazem uma averiguação leve, bastando que o *fim* legítimo apresente alguma ou qualquer relação razoável com o *meio* escolhido para que o ato normativo seja reputado conforme o devido processo legal substantivo. Existe também um *teste* mais rigoroso, primeiramente cognominado *escrutínio estrito* e hoje mais conhecido como *compelling interest test*,^{*} segundo o qual o *fim* deve demonstrar uma *clara e direta* relação com o meio adotado, e, além disso, o *fim* em si deverá ser de um *peso* considerável, deverá representar um *compelling interest* do Estado, e não qualquer interesse legítimo. No primeiro, os juízes são menos rigorosos na *ponderação de interesses*; no segundo, mais rígidos. Acerca desse *duplo padrão* do *teste da razoabilidade*, Dworkin afirma:

“A Suprema Corte distinguiu entre dois testes que ela lança mão para decidir se o estado possui poder constitucional para limitar a liberdade dos indivíduos para perseguir alguma política ou objetivo coletivo. O primeiro é o teste do ‘interesse cogente’, que foi usado em Roe v. Wade e em outros casos nos quais liberdades constitucionais importantes estavam em perigo, e que permite que a liberdade seja restrita somente quando necessário à proteção de algum interesse estadual importante, neste caso, proibir abortos de fetos viáveis.

O segundo é o teste bem mais fraco da ‘relação racional’, que é usado no julgamento da legislação econômica, o qual requer apenas que a política do estado seja ‘válida’ ou ‘legítima’ e

^{*} A fim de evitar a confusão entre o padrão mais forte do teste com a doutrina do *compelling interest*, chamar-se-á, nesta dissertação, este padrão de *escrutínio estrito*. Isto sem prejuízo à correlação que existe entre a doutrina do *compelling interest* e o padrão mais forte do teste. Vide infra, item 4.3.2.

que exista alguma relação racional entre a redução da liberdade e o avanço daquela política".⁷⁰⁰

A seleção entre o *padrão* mais rigoroso do *teste* ou o menos rigoroso dependerá dos valores postos no caso. Se a *liberdade* ou o *bem* constrito for tomado como premente, um valor de altíssima monta para as sociedades republicanas e democráticas, lançar-se-á mão do *compelling interest*. Caso o *bem* e a *liberdade* sejam tarjados de importantes, abarcados pelo devido processo legal, mas não valores tão importantes quanto os outros para sociedades democráticas e republicanas, o *teste* será o da *mera razoabilidade*. A escolha entre um e outro padrão é feita pelos julgadores, e fica claro que aí reside uma importante escolha valorativa, sendo um dos *padrões* bastante rígido e o outro, como disse Dworkin, bem mais fraco e, dessa forma, conforme define Laurence Tribe, é um padrão altamente deferente à escolha legislativa.⁷⁰¹ Verifique-se a opinião de Dworkin:

*"Na prática, a legislação estadual quase sempre é aprovada no fraco teste da relação racional, porque quase todas as leis podem mostrar-se relacionadas com algum objetivo que um estado pode perseguir. Mas a legislação restringindo a liberdade quase nunca é aprovada no 'teste do interesse cogente', porque pode-se, invariavelmente, encontrar algum meio menos restritivo que serviria adequadamente a uma política estadual essencial. Proibir protestos de rua não-populares pode facilitar a manutenção da lei e da ordem nas ruas por um estado, por exemplo, mas isto não justificaria a proibição porque protestos políticos são protegidos pelo teste do interesse cogente e meios menos drásticos de prevenir desordens estão disponíveis".*⁷⁰²

A escolha sobre qual padrão de exame judicial aplicar, dada sua importância para o resultado do *teste*, deverá ser fundamentada e argumentada. Além disso, para que ela não fosse aleatória, sem escoras mais seguras e sem bases, calcada meramente no compreender de cada juiz, a Suprema Corte formulou as *doutrinas* da *posição preferencial* e do *compelling interest*, esta de utilização mais recente e aquela mais antiga, datada da década de 1930. No tópico que se segue estas duas *doutrinas* serão avaliadas com

⁷⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Freedom's...* Op. Cit., p. 64. "The Supreme Court has distinguished between two tests in issues to decide whether a state has the constitutional power to limit the liberty of individuals in order to pursue some collective police or objective. The first one is the 'compelling interest' test, which is used in *Roe v. Wade* and in other cases where important constitutional liberties were at stake, and which permits liberty to be abridged with only when necessary to protect some important state interest, in this case preventing the abortion of viable fetuses. The second is the much weaker 'rational relationship' test, which is used in judging economic legislation, which requires only that the state's policy be 'valid' or 'legitimate' and that there be some rational connection between abridging liberty and advancing that policy." [sem grifos no original]

⁷⁰¹ TRIBE, Laurence. *On reading...* Op. Cit., p. 65.

⁷⁰² *Id.* p. 64. Importa salientar que Dworkin menciona uma formulação intermediária destes testes que tem sido utilizada nas questões de gênero. Todavia, este padrão intermediário não é usual nos casos que envolvem o *substantive due process of law*, apresentando-se na formulação do teste para a *equal protection*. "In practice, state legislation almost always passes the weak rational relationship test, because almost any statute can be shown to be related to some goal a state is allowed to pursue. But legislation curtailing liberty almost never passes the 'compelling interest test', because some less restrictive means can invariably be found that would have adequately served any essential state policy. Prohibiting unpopular street protests might well make it easier for the state to maintain the law and order in the streets, for example, but

a finalidade de melhor entender como e com que fundamentos os juizes determinam qual o *padrão de teste de razoabilidade* que será empregado em cada caso.

4.3.2 AS DOCTRINAS DA POSIÇÃO PREFERENCIAL E DO COMPELLING INTEREST

Como visto, os *Justices* da Suprema Corte, ao avaliar a constitucionalidade de um ato normativo com base no devido processo legal substantivo recorrem ao *teste da razoabilidade*, que é um guia formal de argumentação que orienta a aplicação do *princípio*, evitando desvirtuamentos e imprimindo maior segurança e previsibilidade à argumentação decisória. Dependendo da natureza dos bens ou das liberdades sob constrição, os julgadores aplicarão um padrão mais suave ou mais rígido do teste, isto é, usarão o *teste da razoabilidade mínima* ou o *escrutínio estrito*. Isso quer dizer que, em alguns casos, quando emprega o *balancing*, o julgador já o inicia colocando mais peso em um dos pratos da balança, justamente aquele que contém a *liberdade* ou o *bem*.⁷⁰³ Isso ocorrerá quando estiver em questão uma privação a um *bem* ou a uma *liberdade* que ocupe *posição preferencial*. A doutrina da *posição preferencial* significa, pois, a hierarquização dos bens e das liberdades protegidas pelo devido processo legal e a inserção de alguns em posição privilegiada em relação a outros. Em que pese todos possuírem caráter de fundamentabilidade, alguns são apostos em local cimeiro, tomados como de maior *peso* de per si, haja vista sua relevância para a democracia, o republicanismo e também para outros *princípios fundamentais* ou *conformadores* da ordem constitucional. É a *natureza* do *bem* ou da *liberdade* que o conduz para o topo da hierarquia, e não a natureza da privação que se lhe impõe. Nesse sentido manifestou-se o Justice Rutledge em *Thomas v. Collins*:

“O caso nos confronta novamente com o dever, que o nosso sistema situa nesta Corte, de dizer onde termina a liberdade individual e começa o poder do Estado. Escolhas nestes limites, agora como sempre delicadas, o são, talvez, ainda mais quando a usual presunção sustentando a legislação é ponderada com a posição preferencial conferida no nosso esquema para as grandes, as indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda. Essa prioridade confere a estas liberdades uma santidade e uma posição que não admitem intrusões dúbias. E é o caráter do direito, não o da limitação, que determina qual padrão governa a escolha.

Por estas razões, qualquer tentativa de restringir essas liberdades deve ser justificada por um interesse público claro, não podem ser ameaçadas duvidosa ou remotamente. (...) A conexão racional entre o remédio providenciado e o mal a ser curado, que, em outros contextos, pode suportar a legislação contra o ataque no campo do devido processo, não será suficiente. Estes

that would not justify a prohibition because political protests are protected by the compelling interest test and less drastic means of preventing riots are available.”

⁷⁰³ Cf. WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 247.

direitos repousam sobre fundação mais firme. (...) Somente os mais graves abusos, arriscando interesses supremos, oferecem ocasião para a limitação".⁷⁰⁴

Então, os *bens e liberdades* que assumem o mais alto posto na hierarquização daqueles tutelados pelo devido processo legal correspondem aos dotados de *posição preferencial*. Diante de bens ou liberdades que aí estejam, usa-se o *escrutínio estrito*. Por intermédio do estudo dos casos que envolvem o devido processo legal substantivo, é possível identificar três etapas distintas desta *doutrina*. A primeira, na qual ela não era propriamente uma *doutrina*, nem uma teorização, mas era utilizada, liga-se à *Era Lochner*, à época do *economic substantive due process of law*. A segunda, na qual não havia uma teorização explícita da *doutrina*, mas, além de sua utilização, apareceram formulações implícitas a ela, encontra-se nos votos do Justice Holmes e Brandeis, nos casos envolvendo as liberdades da Primeira Emenda e o teste do *perigo claro e iminente*.^{*} A terceira, na qual, além da aplicação, exsurge a formulação teórica explícita da *doutrina*, com a adoção da terminologia *preferred position*, ou *preferred freedoms*, ou, em menor escala, *preferred place*, iniciou-se nos casos *Carolene Products* e *Jones v. Opelika*.⁷⁰⁵ Vê-se que a adoção explícita e teorizada da *doutrina* foi gradual, e sua sedimentação nesses moldes data apenas do crepúsculo da década de 1930, embora sua utilização ocorra desde o início da *Era Lochner*.

A aplicação de um padrão diferenciado do teste *razoabilidade* em razão da *natureza* dos bens ou liberdades já ocorria desde a época do *economic substantive due process of law*. Essa assertiva é de fácil confirmação. Basta perceber que durante esse período, o devido processo legal substantivo era aplicado quase tão-somente para a tutela das liberdades econômicas, fundamentalmente a contratual, e da propriedade. Após *Lochner*, nas situações em que tais direitos fossem constrictos por atos normativos, a Corte exigia que os *fins* almejados pelo Estado estivessem *clara e diretamente* relacionados aos *meios* adotados. São exemplos notórios: *Lochner v. New York*,⁷⁰⁶ *Coppage v. Kansas*,⁷⁰⁷ *Adkins v. Children's*

⁷⁰⁴ *Thomas v. Collins*. 323 U.S. 516 (1945). Cit., p. 530. "The case confronts us again with the duty our system places on this Court to say where the individual's freedom ends and the State's power begins. Choice on that boarder, now as always delicate, is perhaps more so where the usual presumption supporting legislation is balanced by the preferred place given in our scheme to the great, the indispensable democratic freedoms secured by the First Amendment. That priority gives these liberties a sanctity and a sanction not permitting dubious intrusions. And it is the character of the right, not of the limitation, which determines what standard governs the choice. For these reasons any attempt to restrict those liberties must be justified by clear public interest, threatened not doubtfully or remotely (...). The rational connection between the remedy provided and the evil to be curbed, which in other contexts might support legislation against attack on due process grounds, will not suffice. These rights rest on firmer foundation. (...) Only the gravest abuses, endangering paramount interests, give occasion for permissible limitation." [sem grifos no original]

Vide supra, capítulo III, item 3.1.3.

⁷⁰⁵ Nesse sentido: WOLFE, Christopher. Op. Cit., p.248 e ss. Vide também *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938). Cit. e *Jones v. Opelika*. 316 U.S. 584. (1942). Cit.

⁷⁰⁶ *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905). Cit.

⁷⁰⁷ *Coppage v. Kansas*. 236 U.S. 1 (1915). Cit.

Hospital.⁷⁰⁸ Simultaneamente, havia outros casos envolvendo liberdades outras que não as econômicas nos quais o *substantive due process of law* foi aplicado. Todavia, consoante estudado no capítulo terceiro, para os casos envolvendo liberdades de índole não econômica a Corte não exigia uma correlação **clara, direta ou insofismável entre o fim pretendido e o meio escolhido**. Para satisfazer o devido processo legal substantivo, era bastante que o fim apresentasse uma conexão razoável com o meio. São exemplos: *Buchanan v. Warley*,⁷⁰⁹ *Meyer v. Nebraska*,⁷¹⁰ *Pierce v. Society of Sisters*,⁷¹¹ *Gitlow v. New York*.⁷¹²

Desta maneira, apesar da inexistência de uma base teórica para a hierarquização dos bens e das liberdades tutelados pelo devido processo legal, era prática da Corte introjetar nas liberdades econômicas e na propriedade um *peso* maior, uma posição avantajada em relação a outras liberdades também entendidas como salvaguardadas pelo *princípio*. Para aquelas, o *teste da razoabilidade* era mais forte e rigoroso. Para que o ato normativo fosse nele aprovado, necessitava que sua finalidade possuísse uma **clara e direta** relação de causalidade com o meio nele exposto. Para estas outras, a aprovação no *teste* era mais fácil, mostrando-se suficiente apenas a existência de um nexos razoável de causalidade entre o *fim* e o *meio*. Em *Parrish*,⁷¹³ o caso pivô, o que efetivamente caiu não foi o devido processo legal substantivo, mas o uso desse *padrão duplo*, já que foi apregoada a utilização do *teste da razoabilidade mínima* e negada a utilização do *escrutínio estrito*. A partir desse caso, as liberdades econômicas e a propriedade ficariam no mesmo patamar de outras liberdades protegidas pelo *princípio*.

Entrementes, desde a segunda metade da década de 1920, algumas vozes já se erguiam na Suprema Corte com o intuito de colocar no posto das liberdades econômicas e da propriedade outras liberdades, reputadas dignas de maior proteção. As vozes eram as dos *Justices* Holmes e Brandeis, e as liberdades a que se referiam eram as da Primeira Emenda, com ênfase na liberdade de expressão.⁷¹⁴ O *teste do perigo claro e iminente* aplicava-se tão-somente às liberdades da Primeira Emenda. Se se atentar para este fato, perceber-se-á que este *teste* significa uma forma de privilégio dessas liberdades em relação a outras, já que, para o cerceamento delas, faz-se mister a existência de um *perigo claro e iminente*, enquanto para as outras basta a apresentação de um motivo com conexão razoável a seu cerceamento.*

⁷⁰⁸ *Adkins v. Children's Hospital*. 261 U.S. 525 (1923). Cit.

⁷⁰⁹ *Buchanan v. Warley*. 245 U.S. 60 (1917). Cit.

⁷¹⁰ *Meyer v. Nebraska*. 262 U.S. 390 (1923). Cit.

⁷¹¹ *Pierce v. Society of Sisters*. 268 U.S. 510 (1925). Cit.

⁷¹² *Gitlow v. New York*. 268 U.S. 652 (1925). Cit.

⁷¹³ *West Coast Hotel v. Parrish*. 300 U.S. 379 (1937). Cit.

⁷¹⁴ Vide: *Abrams v. United States*. 250 U.S. 616 (1919). Cit. *Whiney v. California*. 274 U.S. 357 (1927). Cit.

* São exemplos os casos retroapreciados: *Gitlow v. New York*, *Ginsberg v. New York*, *Mishkin v. New York*. Anote-se que *Gitlow* encontra-se como exemplo aqui em razão dos votos dissidentes dos *Justices* Holmes e Brandeis, mas a *opinion* da Corte não acatou o teste do perigo claro e iminente, o que credita a utilização desse caso como exemplar da não-utilização

Além disso, eram as liberdades da Primeira Emenda as incorporadas pelo devido processo legal da Décima Quarta, recebendo maior identidade fundamental do que os demais direitos expostos no *Bill of Rights*. Esse fato deixa entrever o trato diferenciado que tais liberdades estavam recebendo. Ademais, como estudado, no mesmo ano de *Parrish*, 1937, o *teste do perigo claro e iminente* angariou adesão da maioria da Suprema Corte.⁷¹⁵ De posse dessa informação, conclui-se que, por um curto lapso, as liberdades econômicas, a propriedade e as liberdades da Primeira Emenda compartilharam um lugar cimeiro na hierarquia dos bens e liberdades sob a guarida do *princípio* ora em exame. Após 1937, as liberdades econômicas e a propriedade perderam tal *status*, e até os dias atuais quando elas são cerceadas, aplica-se o *teste da razoabilidade mínima*, ao passo que as liberdades da Primeira Emenda seguem em posição privilegiada, mas não sob o fundamento do *teste do perigo claro e iminente*.

A fundamentação teórica do *duplo padrão* do *teste da razoabilidade* e da posição preferencial foi formulada em 1938, no caso que, após *Parrish*, confirmou o abandono do *economic substantive due process of law: Carolene Products*.⁷¹⁶ Essa fundamentação está explicada na famosa nota de rodapé número quatro do voto majoritário do *Justice Stone*, transcrita e comentada a seguir.

“Deve existir um espaço mais estreito para a operacionalização da presunção de constitucionalidade quando a legislação recai facialmente em uma proibição da Constituição, como aquelas das dez primeiras Emendas, as quais são consideradas igualmente específicas quando agregadas à Décima Quarta.(...)”

É desnecessário considerar agora se a legislação que constringe aqueles processos políticos, dos quais pode-se ordinariamente esperar que causem repulsa à legislação indesejada, devem ser sujeitas a um escrutínio mais rigoroso sob as proibições gerais da Décima Quarta Emenda do que a maior parte dos outros tipos de legislação. Restrições ao direito de voto (...); à disseminação de informação (...); à interferência com organizações políticas (...); tanto quanto a proibição de assembléia pacífica (...)

*Nem precisamos questionar se considerações similares adentram no controle de leis direcionadas a religiões particulares (...); ou minorias raciais (...); se o preconceito contra minorias discretas e insulares podem ser uma condição particular que seriamente tende a restringir a operacionalização daqueles processos políticos aos quais ordinariamente fia-se a proteção das minorias, e por isso chamam por um inquérito judicial mais perspicaz (...).”*⁷¹⁷

de um padrão diferenciado para as liberdades de cunho não economicista. A liberdade religiosa começa a receber maior peso a partir de *Schneider v. New Jersey*, pela sugestão, constante do voto do *Justice Roberts*, de que a liberdade de crença e exercício religioso era merecedora de tutela diferenciada. E em *Cantwell v. State of Connecticut* a aceitação do teste do perigo claro e iminente para esta liberdade ficou mais clara.

⁷¹⁵ A adesão majoritária ao teste do perigo claro e iminente deu-se em *Hendon v. Lowry*. 301 U.S. 242 (1937). Cit.

⁷¹⁶ Informa-se que alguns referem que a formulação embrionária da doutrina está no caso *Palko v. Connecticut*, em voto do *Justice Benjamin Nathan Cardozo*. Todavia, a formulação mais explícita e que ganhou espaço foi efetivamente a do *Justice Stone*, no caso *Carolene Products Co.* O termo *preferred position*, porém, não aparece em *Carolene Products Co.*, sendo usado pela primeira vez em *Jones v. Opelika*, (1942). Cf. RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte...** Op. Cit., p. 270-271.

⁷¹⁷ *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938). Op. Cit. Nota de rodapé nº 4 do voto majoritário do *Justice Stone*. Convém informar que os excertos extraídos e noticiados através do símbolo (...) não correspondem à substância do texto do *Justice Stone*, mas tão-só à supressão, no texto da nota transcrita, das referências diretas a casos

Nesta nota de rodapé, considerada “*profética*”⁷¹⁸ pela ampla adesão recebida e por sua repercussão no Direito Constitucional norte-americano no futuro, o *Justice Stone* elaborou ressalvas às afirmações que fez no corpo do texto de *Carolene Products*. Enquanto disse no caso que as regulações das liberdades e da propriedade deveriam ser presumidas válidas, que os legislativos e executivos que as editavam mereciam deferência por parte das Cortes de Justiça, e que tais medidas deveriam ser inconstitucionalizadas apenas quando nenhuma base razoável fosse vislumbrada na correlação *meio/fim*, o *Justice Stone* diminuiu o alcance de suas palavras através da nota de rodapé número quatro. Segundo Keynes, o *Justice Stone* não *queria* estender o *princípio* que firmara em *Carolene Products* a outras direitos que não as liberdades econômicas e à propriedade.⁷¹⁹ Assim, ressaltou o alcance de *Carolene Products* quanto a três tópicos principais: a) quando a legislação ataca frontalmente uma proibição constitucional, seja ela especificada nas dez primeiras Emendas à Constituição norte-americana, ou pertença às incorporadas na Décima Quarta Emenda ou mesmo às não enumeradas, contidas na liberdade *genérica* desta Emenda; b) quando a legislação restringe o processo político, de modo a se esperar que diminua a possibilidade de repelência aos atos normativos *indesejados*; c) quando a legislação atinge determinadas minorias discretas e insulares, sejam raciais, sexuais, étnicas ou religiosas.

No que toca à primeira, o *Justice Stone* disse que o espaço para a operação da *presunção de constitucionalidade* deve ser menor, ou seja, que a deferência ao *juízo* do Legislativo (ou do Executivo, diga-se) opera com menor força nos momentos em que os atos normativos atingem *proibições específicas* do texto constitucional. Ele exemplificou com as dez primeiras Emendas, que contêm, cada qual, a especificação de uma *proibição* (imperativo negativo) direcionada ao Congresso em relação a um ou a alguns direitos, e também com as liberdades, incorporadas ou *não enumeradas*, tuteladas pela Décima Quarta Emenda. Assim, diante de atos normativos restritores desses direitos, as Cortes deveriam ter menor deferência à escolha legislativa, avaliando-a meticulosamente e ofertando *ab initio* grande peso às *proibições* específicas do *Bill of Rights*. Esta afirmação calca-se quase que exclusivamente no texto

anteriormente decididos. “*There may be a narrow scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when to be embraced within the Fourteenth. (...) It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subject to more strict scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are the most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote (...); dissemination of information (...); on interference with political organizations (...); as to prohibition of peaceable assembly (...). Nor need we to inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious (...); or racial minorities (...); whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. (...)*”

⁷¹⁸ KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p. 537.

⁷¹⁹ KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 134.

constitucional, isto é, quando em jogo direitos enumerados, protegidos por *proibições específicas*, o Poder Judiciário estaria autorizado a diminuir a alcance da *presunção de constitucionalidade*. Diz-se *quase exclusivamente* porque o *Justice Stone* já adotou, neste trecho inicial da nota, uma ampliação à literalidade do texto constitucional, pois considerou dignas do mesmo nível de exame judicial as proibições das oito primeiras Emendas *seletivamente incorporadas* à Décima Quarta Emenda. Assim, a *incorporação seletiva* não é produto de interpretação literal da Constituição norte-americana, mas sim uma *doutrina* construída pela Suprema Corte. Compreende-se, pois, que expandiu a diminuição do espaço da *presunção de constitucionalidade* para além do texto específico da Constituição.

Mesmo avançando para além da literalidade constitucional, a motivação desse primeiro fator ensejador de uma diminuição da *presunção de constitucionalidade* dos atos normativos é bastante simples. As *proibições* especificadas na Constituição, que situam alguns direitos em posição de inviolabilidade, são regra.* Dessa forma, por exemplo, a regra é que todos sejam livres para expressar suas idéias e pensamentos; a regra é que todos sejam livres para escolher sua crença e praticá-la, e assim sucessivamente. Contudo, pela própria idéia da existência de uma organização governamental, admite-se exceções a tais regras, ou seja, admite-se que, em **circunstâncias excepcionais**, sejam constrictos os direitos cuja inteireza é a regra. Seguindo esta linha de pensar, somente **circunstâncias excepcionais** são capazes de promover uma exceção à regra. Logo, os atos normativos que excepcionam a regra devem estar fundados em circunstâncias excepcionais, e não em qualquer circunstância. sob pena de as regras serem *engolidas* pelas exceções. A diminuição na deferência legislativa e o *escrutínio estrito* levam o julgador a conferir se as circunstâncias motivadoras da exceção à regra são de fato excepcionais e não corriqueiras. Ainda antes da redação da nota de rodapé número quatro, no caso *Herdon v. Lowry* foi proferida uma frase muito próxima dessa justificação: “*O poder de um estado de atingir a liberdade de expressão ou de assembleia é a exceção e não a regra e a punição de manifestações de um determinado caráter deve encontrar sua justificação numa apreensão razoável de perigo ao governo organizado*”.⁷²⁰

No caso *Jones v. Opelika*, o *Justice Stone* lançou mão dessas afirmações feitas no início da nota de rodapé número quatro de *Carlene Products*. Referindo-se às taxas cobradas pela cidade, ele disse que

* O termo regra aqui utilizado não se confunde com norma jurídica da espécie regra, diferente de princípio. Nesta etapa do trabalho ele está sendo utilizado em seu sentido lexical.

⁷²⁰ *Herdon v. Lowry*. 301 U.S. 242 (1937), p. 258. Cabe ressaltar que durante a Era *Lochner* havia justificações similares. Em *Adkins v. Children's Hospital*, o *Justice Sutherland* dissera que a liberdade contratual era a regra geral e as restrições impostas pelo Legislativo, a exceção: *Adkins v. Children's Hospital*. 261 U.S. 525 (1923). Cit. “*The power of a state to abridge freedom of speech and assembly is the exception rather than the rule and the penalizing even of utterances of a defined character must find its justification in a reasonable apprehension of danger to organized government.*” [sem grifos no original]

não apenas ataques frontais a proibições constitucionais geravam o escrutínio judicial rigoroso, mas também ataques indiretos, pois tais proibições estavam em *posição preferencial*: “A Primeira Emenda não está confinada a salvaguardar a liberdade de expressão e a liberdade religiosa contra tentativas discriminatórias de apagá-las. Ao contrário, a Constituição, em virtude da **Primeira e da Décima Quarta Emendas**, colocou tais liberdades em uma posição preferencial”.⁷²¹

Aos poucos, a posição preferencial exposta na primeira parte da nota foi sendo esposada e melhor articulada. No caso *Prince v. Massachusetts*, o Justice Rutledge asseverou que todas as liberdades da Primeira Emenda ocupavam uma *posição preferencial*, esclarecendo que dentre as liberdades cimeiras dessa Emenda não havia hierarquização. “(...) *pode haver dúvidas acerca da possibilidade de se ofertar uma posição mais alta a qualquer uma das liberdades asseguradas no Primeiro Artigo em relação às demais. Todas possuem posição preferencial no nosso esquema básico. Todas interagem entre si. Há diferenças entre elas e nos modos adequados de seu exercício. Mas todas têm unidade no lugar cimeiro da carta porque elas têm unidade em seus recursos e funções humanas*”.⁷²² A partir dessa explicitação, compreende-se que dentre os bens e liberdades dotados de *posição preferencial* não há hierarquia, pertencendo todos ao mesmo escalão.

No que concerne à segunda parte da nota de rodapé, tem-se que o *escrutínio* judicial deve ser mais meticuloso quando a legislação restringe os processos públicos de tomada de decisão, seja em etapa institucional – direito de voto, elegibilidade, etc. – ou não institucional – liberdade de associação para fins políticos, liberdade de expressão do pensamento político, etc. Assim, quando um ato normativo mostra-se constritor, em nível institucional ou não, da participação nos processos públicos de tomada de decisão, afetando o desenrolar democrático desses processos e acentuando pontos defectivos das técnicas majoritárias, deve-se utilizar o *escrutínio estrito* para o exame da constitucionalidade. O caso *Terminiello v. Chicago*⁷²³ é um exemplar da aplicação desse trecho daquela nota de rodapé pela Suprema Corte, uma vez que nele a Corte labutou com a constitucionalidade de um ato normativo que diminuía o grau de

⁷²¹ *Jones v. City of Opelika*. 316 U.S. 584 (1942), p. 608. “The First Amendment is not confined to safeguarding freedom of speech and freedom of religion against discriminatory attempts to wipe them out. On the contrary the Constitution, by virtue of the **First and Fourteenth Amendments**, has put those freedoms in a preferred position.” [sem grifos no original]

⁷²² *Prince v. Massachusetts*. 321 U.S. 158. (1944), p.165. Ressalta-se que este Justice estava empenhado em demonstrar que não havia diferença hierárquica entre a liberdade de consciência e a de exercício religioso. “(...) *it may be doubted that any of the great liberties insured by the First Article can be given higher place than the others. All have preferred position in our basic scheme. All are interwoven together. Differences there are, in them and in the modes appropriate for their exercise. But they have unity in the charter’s prime place because they have unity in their human sources and functionings.*”

⁷²³ *Terminiello v. Chicago*. 337 U.S. 516 (1949). Cít.

concretização da liberdade de expressão de idéias de cunho político. *Bridges v. State of California*⁷²⁴ também pode ser mencionado como exemplo desta situação.

Quanto à terceira, tem-se que o *escrutínio* judicial deve ser mais acurado quando o ato normativo atinge direta ou indiretamente minorias insulares e discretas, quer sejam raciais, sexuais, étnicas, religiosas ou políticas. Assim, quando um ato normativo mostrar-se cerceador dos bens ou das liberdades dessas minorias, que detêm de per si pouca participação nos fóruns públicos de tomada de decisão e que possuem menor representatividade nos processos majoritários, esse ato deve ser submetido ao *escrutínio estrito*. São exemplos mais salientes alguns casos em que os Testemunhas de Jeová eram parte. Em *Minersville School District v. Gobits*, o *Justice Stone* remontou explicitamente a essa parte da nota de rodapé número quatro, dando vazão à sua aplicação: “*nós já havíamos apontado a importância de um inquérito judicial perspicaz no julgamento legislativo em situações nas quais o preconceito contra minorias discretas e insulares tende a restringir a operacionalização daqueles processos políticos aos quais ordinariamente fia-se a proteção das minorias*”.⁷²⁵ Com apoio nessa afirmação e na nota de rodapé número quatro, o *Justice Stone* foi o único membro da Suprema Corte que aplicou o *escrutínio estrito* e que inconstitucionalizou a saudação compulsória da bandeira norte-americana nas escolas. Os demais *Justices* não adotaram a posição preferencial, reputando o ato normativo constitucional.⁷²⁶

Essas duas últimas bases para a aplicação do *escrutínio estrito*, expostas na nota de rodapé número quatro, encontram âncora na proteção de uma compreensão de democracia centrada em direitos e igualdade de participação – democracia material, diferenciada da democracia formal – esta centrada em procedimentos. Pela exposição de motivos da nota de rodapé e suas utilizações posteriores, tem-se que seus escopos prioritários são a proteção dos Direitos Fundamentais e a abertura do Poder Judiciário como fórum de participação democrática e de correção das defectividades dos processos majoritários, através do controle de constitucionalidade. Christopher Wolfe assume que na nota de rodapé encontra-se a *nova* justificação não apenas para a aplicação do *escrutínio estrito*, mas para o controle de constitucionalidade da *Era Moderna*: “(…) a nova racionalidade é o substituto moderno – ou talvez um suplemento para – a justificação do controle de constitucionalidade formulada em *Marbury v. Madison*. Ela serve para expandir o controle de constitucionalidade para além da proteção de direitos constitucionais específicos,

⁷²⁴ *Bridges v. California*. 314 U.S.252 (1941). Cit.

⁷²⁵ *Minersville School District v. Gobits*. 310 U.S. 586 (1940), p. 606. “(…) we have previously pointed to the importance of a searching judicial inquiry into the legislative judgement in situations where prejudice against discrete and insular minorities may tend to curtail the operation of those political process ordinarily to be relied on to protect minorities.”

⁷²⁶ Aponta-se que o voto do *Justice Stone* foi adotado pela maioria da Corte pouco tempo depois, em *West Virginia v. Barnette*. 319 U.S. 628 (1943). Cit.

e, simultaneamente, canaliza-os para uma direção geral (liberdades civis e igualdade) ao invés de outra (direitos econômicos e propriedade, por exemplo)”.⁷²⁷

É aqui que se entende o aporte teórico daqueles que aderem ao *ativismo* gerado pela aplicação do devido processo legal substantivo. É aqui se encontra a racionalidade de um controle de constitucionalidade que permite aos juízes uma atuação legislativa ou *quase-legislativa*, hábil a permitir que eles empreendam escolhas valorativas e que tracem políticas públicas, mesmo que para isso tenham que recorrer a elementos extraconstitucionais. É esta sustentação teórica que permite escapar da mais séria crítica ao *ativismo* judicial: seu caráter antidemocrático.⁷²⁸ O controle de constitucionalidade deixa de apoiar-se tão-somente no fundamento tradicional – asseguramento da *vontade popular* inscrita no texto constitucional através de sua interpretação – para angariar novos fundamentos, a proteção de uma democracia calcada em direitos e em igualdade de participação. O controle de constitucionalidade passa a ser uma forma de abertura do Poder Judiciário como fórum democrático, local de garantia dos direitos e de manifestação daqueles que, por algum motivo, têm uma restrita participação nos processos públicos majoritários. Ele se torna *antimajoritário*, mas não *antidemocrático*, haja vista que objetiva proteger determinados *valores* nucleares (Direitos Fundamentais) contra paixões majoritárias e intenciona ofertar um espaço de participação e manifestação a grupos minoritários. Afirmar que o controle de constitucionalidade pode ser *antimajoritário* sem que seja antidemocrático somente é possível quando não se identifica democracia com regra de maioria, mas sim quando se toma a regra da maioria como uma das técnicas à disposição da democracia, e esta como algo mais que meros procedimentos de tomada de decisão, como conceito encampador de direitos materiais e de real e igual participação.⁷²⁹

Kelly, Harbison e Bells assim sintetizam:

⁷²⁷ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 256. “(...) new rationale is the modern substitute for – or perhaps supplement to – Marbury v. Madison’s justification of Judicial Review. It serves to expand Judicial Review beyond the protection of specific constitutional rights, while at the same time channeling it in one general direction (civil liberties and equality) rather than another (for example, economic or property rights).”

⁷²⁸ É Dworkin quem afirma que esta é a mais séria crítica ao que ele denomina *moral reading* da Constituição. Cf. DWORKIN, Ronald. **Freedom’s...** Op. Cit., p. 15.

⁷²⁹ Este compreender da democracia que serve como fundamento para o papel ativista dos juízes não se restringe ao escrutínio estrito, nem ao devido processo legal substantivo. Situa-se em ambiência macro, como aporte teórico para o novo papel do Poder Judiciário – um poder que determina políticas públicas e que é político – e do controle de constitucionalidade. Liga-se também à noção de normatividade dos princípios constitucionais. Sobre esta concepção de democracia e sua correlação com o controle de constitucionalidade característico da Era Moderna, as manifestações de diversos estudiosos norte-americanos parecem convergir, em que pese haver diferenças substanciais nas teorias que professam ou esposam. Vide, sobre o tema: DWORKIN, Ronald. **Freedom’s...** Op. Cit., p.15 e ss; WOLFE, Christopher. Op. Cit., passim; TRIBE, Laurence H. **On reading...** Op. Cit., p.65 e ss.; RAWLS, John. Op. Cit., p. 212 e ss. Há também outros autores que trabalham com esta premissa, e um significativo número faz parte de uma corrente que hoje tem encontrado espaço no Brasil, o garantismo: CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes...** Op. Cit., passim; ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit., passim; FREIRE, Antonio Manuel Peña. Op. Cit., passim; CADEMARTORI, Sérgio. Op. Cit., passim.

*“Com o totalitarismo tomando conta da Europa, foi considerado racional concluir que as liberdades pessoais que distinguem um governo democrático mereciam uma proteção especial pelo judiciário. Um criticismo contínuo do controle de constitucionalidade, como praticado por juizes guiados pela noção de propriedade antes de 1937, era de que ele usurpava o poder das maiorias legislativas. Se o controle de constitucionalidade pudesse ser realizado para promover a democracia, no entanto, sua legitimidade não poderia ser questionada. Consequentemente, reformistas libertários sustentavam que decisões judiciais assegurando as liberdades da Primeira Emenda, que habilitavam interesses minoritários a se tornarem majoritários, eram democráticas, mesmo se derrubassem o julgamento legislativo majoritário”.*⁷³⁰

Ademais, a nota de rodapé Stone provou-se *profética*, por dois motivos essenciais: a) ao relegar a propriedade e a liberdade contratual a segundo plano na hierarquia dos direitos constitucionalmente protegidos, auxiliou na implementação do Estado de Bem-Estar Social e na proteção de classes hipossuficientes, como consumidores e trabalhadores; b) ao impulsionar um cuidado maior com Direitos Fundamentais, minorias e com os processos democráticos, contribuiu para a formação de democracias materiais. Este último objeto mostrou-se de grande valia após a Segunda Guerra Mundial, quando as mazelas dos processos meramente formais e majoritários indenes de controles substanciais foram desnudadas pelos horrores dos regimes nazi-fascistas.

Por fim, retomando a *doutina* da posição preferencial, convém aclarar que o fato de um *bem* ou de uma *liberdade* estar em *posição preferencial* não é de forma alguma sinônimo de total intangibilidade ou de absolutização. Os bens e as liberdades com *posição preferencial* são condicionais, passíveis de restrições. Todavia, o são em grau menor do que aqueles não-pertencentes ao grupo de maior hierarquia. O *teste* aplicado aos atos normativos constritores dos bens e liberdades com *posição preferencial* é mais forte e o escrutínio rigoroso. Para que seja nele *aprovado*, há que existir a embasá-lo um motivo de grande *peso*, diretamente relacionado ao meio seletivo, e há que inexistir um meio menos intrusivo. Lembrem-se os casos *Prince v. Massachusetts*⁷³¹ e *Kovacs v. Cooper*,⁷³² nos quais a Corte reconheceu a *preferred position* das liberdades agredidas, mas reputou constitucionais e razoáveis os atos normativos que as cerceavam.

⁷³⁰ KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. Op. Cit., p.537. “With totalitarianism spreading across Europe, it seemed reasonable to conclude that personal liberties that distinguished democratic government deserved special protection by the judiciary. A continuing criticism of judicial review as practiced by property-minded judges before 1937 had been that it usurped the power of democratic majorities. If judicial review could be made to promote democracy, however, its legitimacy could not be questioned. Accordingly, libertarian-minded reformers held that judicial decisions upholding First Amendment liberties that enabled minority interests to transform themselves into a majority were democratic, even if they overturned majority’s legislative judgment.”

⁷³¹ *Prince v. Massachusetts*. 321 U.S. 158. (1944). Cit.

⁷³² *Kovacs v. Cooper*. 336 U.S. 77 (1949). Cit.

Pelo que se expôs da *doutrina da posição preferencial*, seu teor e seus fundamentos, pode-se entrever que ela não é indene a críticas. Recebe-as várias, nos mais diversos moldes, desde seu teor propriamente dito, até suas bases fundantes. Antes, porém, de mencionar os ataques à *doutrina*, cabe redigir algumas linhas sobre o *compelling interest*, tópico umbilicalmente relacionado ao da posição preferencial.

O *compelling interest* entra em ação quando está em jogo uma *liberdade* ou um *bem* dotado de *posição preferencial*. É a contrapartida da *posição preferencial*. Ao passo que esta faz assumir que um determinado *bem* ou *liberdade* possui alto *peso* de per si, o *compelling interest* é um *fim* tão forte a ser atingido pelo Estado que é capaz de sobrepor-se a uma *liberdade* ou a um *bem* preferencial. Desse modo, quando há constrição de uma *liberdade* ou de um *bem* preferencial, somente um *compelling interest* poderá justificá-la. “A doutrina do interesse coercivo pode ser um desenvolvimento natural da doutrina da posição preferencial. Se os direitos pessoais protegidos pela Declaração de Direitos estão numa posição preferencial no plano constitucional, depreende-se que as restrições a eles devem ficar sujeitas a um escrutínio mais rigoroso que o pelo teste da base racional (...). A etapa lógica seguinte é submeter as restrições a direitos pessoais ao teste do ‘interesse coercivo’.”⁷³³

O *compelling interest* apresenta-se como consentâneo lógico da *doutrina da posição preferencial*. Enquanto o foco da *doutrina da posição preferencial* está no *bem* ou na *liberdade*, a fim de determinar seu *peso* individualmente considerado, no *compelling interest* ele está no objetivo almejado, com o fito de aferir seu *peso* isoladamente. Numa, avalia-se o *peso* do direito, noutra, do fim intencionado pelo Estado. Se ambos forem *fortes*, proceder-se-á a ponderação se um o for e outro não, a balança tenderá para o de maior *peso*. Se ambos forem *fracos*, aplicar-se-á o *standard* de *razoabilidade mínima*. Dois casos que exemplificam a utilização do *compelling interest* são *Wisconsin v. Yoder*,⁷³⁴ e *Roe v. Wade*,⁷³⁵ nos quais foram ponderados liberdades preferenciais com interesses cogentes.

Feitas estas considerações acerca do *compelling interest*, parte-se agora para a exposição das críticas endereçadas à posição preferencial, muitas das quais são também válidas para o *compelling interest*. O primeiro rebate feito à *doutrina* consiste na afirmação de que ela carece de qualquer base constitucional. Como na Constituição os direitos estão declarados em pé de igualdade, sem nenhuma menção à supremacia de uns sobre outros, hierarquizá-los afirmando que uns são *preferenciais* e outros

⁷³³ SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes...* Op. Cit., p. 212.

⁷³⁴ *Wisconsin v. Yoder*. 406 U.S. 205 (1972). Cit.

⁷³⁵ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). Cit.

não é uma atitude sem nenhum apoio no texto constitucional. Além disso, alguns estudiosos salientam que o escalonamento de bens e liberdades forjado pela Suprema Corte está sequer amparado na tradição constitucional anglo-americana. Isso porque a Corte relega a propriedade a um *status* não preferencial, e a história constitucional norte-americana deixa patente que a propriedade era tão importante quanto as liberdades, encontrando-se imbricadas liberdades e propriedade.⁷³⁶ O segundo interliga-se ao primeiro e questiona qual é o fundamento que autoriza a Suprema Corte a situar *direitos não enumerados*, advindos da *liberdade genérica* da cláusula *due process of law*, em posição mais alta na hierarquia do que direitos enumerados, como o de propriedade.

A associação desses dois ataques à *doutrina da posição preferencial* induz a uma crítica mais séria e veemente. Se o apoio constitucional é frágil para a hierarquização de *direitos enumerados* e se há dificuldade em fundamentar a *posição preferencial* concedida a *direitos não enumerados*, abre-se uma grande margem de manipulabilidade no *approach* da Corte. À guisa da *posição preferencial*, os julgadores poderão *jogar* com os bens e liberdades, elevando-os à posição privilegiada de acordo com suas próprias convicções e interesses, agindo de modo *subjetivista* e substituindo as decisões majoritárias por decisões personalísticas. Além disso, a possibilidade de decidir se um *bem* ou uma *liberdade* são preferenciais ou não pode gerar insegurança e incerteza, pois não há meios adequados para saber antecipadamente se a Corte considerará um certo *bem* ou uma certa *liberdade* como *preferencial*, além do precedente. Edward Keynes, após analisar alguns casos nos quais foram reconhecidos como *preferenciais* direitos não enumerados, disse: “*Enquanto há uma base crível para ofertar uma proteção mais pesada a direitos textualmente explícitos, a Suprema Corte tem falhado em providenciar uma racionalidade convincente para distinguir entre vários direitos não enumerados*”.⁷³⁷

Em razão de seu posicionamento contrário ao devido processo legal substantivo e ao *ativismo* judicial, Raoul Berger é enfático nas críticas à *doutrina* da posição preferencial, cujo criticismo ganha ainda mais força, pois Berger, à semelhança de Wolfe, também a considera a nova justificativa para o controle de constitucionalidade da *Era Moderna*. Escorado em um autor chamado Lusky, Berger anuncia que a *doutrina* não se funda nem no texto constitucional nem na intenção dos constituintes. Desta forma, ela deixa os juizes sem limites: “*a Corte está inteiramente à deriva. Não há virtualmente limite algum*

⁷³⁶ Cf. KEYNES, Edward. Op. Cit., p. 160 e ss.

⁷³⁷ KEYNES, Edward. Op. Cit., p.164. Os casos que ele avaliou para atingir esta conclusão foram: *Meyer v. Nebraska*, *Prince v. Massachusetts*, *Wisconsin v. Yoder* e *Rumyon v. McCrary*, no que toca à liberdade não enumerada dos pais na educação de seus filhos. “*While there is a credible basis for affording explicit textual rights heightened protection, thus far the Supreme Court has failed to provide a convincing rationale for distinguishing among various unenumerated rights.*”

para sua habilidade de atribuir novo significado para as 'proibições específicas', desde que liberou-se da necessidade de interpretá-las como os Constituintes esperavam'. Isso se tornou conhecido como a teoria da posição preferencial".⁷³⁸ Berger conclui que a posição preferencial é a resposta personalista de um homem à fundamentação do moderno controle de constitucionalidade: "(...) os parágrafos segundo e terceiro da nota de rodapé de *Carolene* derivam da crença de que ela se enquadra em uma teoria nova dos 'poderes implícitos' de revisar a Constituição, são a resposta dele à questão: Com que direito a Corte revisa a Constituição?. Sua pesquisa por uma nova teoria para justificar o controle de constitucionalidade atesta que a nota de rodapé não tem raízes constitucionais, que, como George Braden diz, 'ela é simplesmente uma parte do conjunto de valores de um homem para sua sociedade, o qual ele sustenta com convicção bastante para desejar executá-los quando a oportunidade aparecer'".⁷³⁹

Do seio da própria Corte adveio uma portentosa crítica à doutrina da posição preferencial. Ela foi formulada pelo Justice Felix Frankfurter, em seu voto concorrente em *Kovacs v. Cooper*.⁷⁴⁰ Inicialmente, ele disse que a expressão *preferred position* foi acriticamente inserida nas decisões da Suprema Corte. Chamou a expressão de enganosa, por implicar a conclusão de que qualquer lei tocando nas liberdades preferenciais será presumida inconstitucional. Segundo o Justice Frankfurter, a expressão *preferred position* irradia uma doutrina constitucional sem professá-la, sem reconhecê-la claramente. Uma expressão que apenas anunciou com outras palavras a noção de que as liberdades do *Bill of Rights* são a regra, e as restrições a elas são a exceção e, por isso, merece análise mais cuidadosa. A expressão foi capaz de dar azo a uma doutrina constitucional que leva à presunção de inconstitucionalidade de atos normativos que diminuem a âmbito de certas liberdades. Para este Justice, a inadequação dessa ideia já repousa no espaço de sua enunciação, pois uma nota de rodapé que só incidentalmente contou com adesão daqueles que votaram com Justice Stone em *Carolene Products* não é local para a enunciação de uma doutrina constitucional nova e tão preta de consequências. Acresceu que o processo de adjudicação promovido pela fórmula defeituosa 'preferred position' seria complicado e que a aplicação da fórmula conduziria à jurisprudência mecânica, fazendo com que a Corte caísse em um modo simplista

⁷³⁸ BERGER, Raoul. Op. Cit., p. 297. "(...) 'the Court is entirely at large. There is virtually no limit to its ability to attribute new meaning to the 'specific prohibitions', once it is liberated from the need to interpret them as the Constitutors expected.' This has come to be known as the 'preferred position' theory."

⁷³⁹ Id. p. 297. "(...) second and third paragraphs of the *Carolene* footnote derives from the belief that it fits in with a newly fashioned theory of the Court's 'implied power' to revise the Constitution, his answer to the question. 'By what right does it revise the Constitution?'. His search for a new theory to undergird judicial revision testifies that the footnote is without constitutional roots, that as George Braden says, 'it is simply a part of one's man set of values for his society which he holds strongly enough to be willing to enforce when the opportunity arises'."

⁷⁴⁰ *Kovacs v. Cooper*. 336 U.S. 77 (1949). Cit.

de exercer o controle de constitucionalidade, tratando as sérias, difíceis e delicadas questões envolvendo regulações governamentais e liberdades através de uma fórmula fácil como a *preferred position*.⁷⁴¹

Christopher Wolfe comenta e também minimiza um pouco a crítica feita pelo *Justice Felix Frankfurter*. Comentando-a, diz que o *Justice Frankfurter* cria que a liberdade de expressão deveria às vezes ser balanceada com outros valores, e esta tarefa caberia essencialmente às legislaturas. Assim, a *presunção de constitucionalidade* deveria operar sempre, havendo ou não *preferências*. Apesar de deixar entrever que as liberdades da Primeira Emenda eram efetivamente *especiais*, o *Justice Frankfurter*, na leitura de Wolfe, apregoava que não havia necessidade de diferenciar-se o *escrutínio*, muito menos inverter a *presunção de constitucionalidade* – colocando o ônus da prova da constitucionalidade nas mãos do Estado – quando elas estivessem sendo cerceadas. O *teste da razoabilidade* seria o bastante, pois os julgadores estariam atentos aos *meios* e *fins*, não havendo necessidade de preestabelecer quais os de maior *peso*. Aliás, esse estabelecimento prévio poderia conduzir à *jurisprudência mecânica*, despregando o controle de constitucionalidade da realidade. Minimizando a crítica do *Justice Frankfurter*, Wolfe diz que ele vislumbrava na terminologia *preferred position* uma implicação da *presunção de inconstitucionalidade*, o que levaria à inversão do ônus da prova, que recairia sobre o Estado e não sobre aquele que argúi a inconstitucionalidade. Todavia, este foco da crítica não se mostra persuasivo, uma vez que não se comprova faticamente a identificação entre *posição preferencial* e *presunção de inconstitucionalidade*. Na maioria das vezes, a *preferred position* conduziu ao *escrutínio estrito*, a uma diminuição da *presunção de constitucionalidade*, mas não à sua inversão.⁷⁴²

Contudo, em alguns casos a aplicação da *posição preferencial* conduziu efetivamente à *presunção de inconstitucionalidade* do ato normativo constritor de bens ou liberdades preferenciais. Assim, a crítica de Frankfurter não se mostra de todo disparatada, mas uma crítica que apontava uma realidade no comportamento da Corte. No tópico que se segue analisar-se-á em que consiste e qual a fundamentação para a suspeição dos atos normativos cerceantes de bens ou liberdades preferenciais.

4.3.3 A PRESUNÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A *presunção de inconstitucionalidade* dos atos normativos constritores de bens ou liberdades preferenciais é uma das delicadas e debatidas formas de aplicação do devido processo legal substantivo. Ela se consubstancia na inversão do ônus da prova da constitucionalidade em certos casos. Normalmente, quem está incumbido de provar algo é quem alega. Logo, quem alega a inconstitucionalidade de um ato

⁷⁴¹ *Id.* p. 89- 97.

normativo deve prová-la. Caso não se desincumba do ônus probatório, o julgador optará pela constitucionalidade. Nas situações em que opera a *presunção de inconstitucionalidade*, esta regra geral sucumbe, e o ônus *probandi* sofre uma reversão. Não será aquele que alega a inconstitucionalidade que terá de prová-la, mas quem edita a medida constritora que deverá provar que há motivos fortes a embasá-la e que ela é constitucional.

A *presunção de inconstitucionalidade* está, atualmente, intimamente ligada à *doutrina da posição preferencial*. É aplicada quando o *bem* ou a *liberdade* constritos são fundamentais. Sua fundamentação é correlata à da *posição preferencial*. Consoante já mencionado, as limitações constitucionais são a regra, enquanto as restrições a elas são as exceções. Somente circunstâncias especiais e excepcionais são hábeis a motivar uma quebra de tais regras. Para justificar a *presunção de inconstitucionalidade* dá-se apenas mais um passo nesta lógica. As regras provam-se por si sós, mas as exceções devem ser provadas. Logo, em determinados casos, na arguição de inconstitucionalidade quem deverá provar que o ato é constitucional é o Estado e não o litigante que questiona o ato. Por exemplo, como a liberdade de expressão é a regra, o litigante que ataca um ato normativo que a restringe não deverá provar isto, mas o agente estatal editor da medida que excepciona a regra é que deverá provar que existem motivos reais e fortes que a justifiquem. Nesse sentido, ouça-se Wolfe:

*“Além disso, o senso comum da questão é que exceções devem ser provadas: a presunção opera a favor da regra. Desde Herdon v. Lowry, a Corte tem operado sobre o princípio de que ‘[o] poder de um estado de atingir a liberdade de expressão e assembleia é exceção e não a regra...’. De acordo com este princípio, é virtualmente inevitável para os juízes, ao avaliarem de modo cuidadoso as justificativas proferidas pelos estados para a restrição destas liberdades, deixar o ônus da prova com o governo para que este justifique a exceção do que situar esse ônus no outro litigante para que justifique a regra. Além do mais, alguém pode questionar como, na prática, uma determinação legislativa geral de que um tipo de discurso cria um perigo claro e iminente pode ser presumida como mostra de que um perigo claro e iminente existe nas circunstâncias particulares de um caso. ‘perigo claro e iminente’, por sua natureza, requer uma demonstração particularizada, e ônus dessa demonstração está com o governo”.*⁷⁴³

⁷⁴² WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 250-254.

⁷⁴³ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 252-253. “Moreover, the common sense of the matter is that exceptions must prove themselves: the presumption is in favor of the rule. Ever since Herdon v. Lowry, the Court has operated on the principle that ‘[t]he power of a state to abridge freedom of speech and of assembly is the exception rather than the rule...’. Under such a principle it is virtually inevitable for judges, in looking closely at proffered state justifications for restrictions on these freedom’s, will lay the burden of proof on government to justify the exception to the rule rather than place the burden on the defendant to justify the rule. Moreover, one has to ask how, in practice, a general legislative determination that the kind of speech creates a clear and present danger is going to be presumed to show that a clear and present danger exists in the particular circumstances of a particular utterance. ‘clear and present danger’ by its nature requires a particularized showing, and the burden is on the government to do the showing.”

Além disso, quando o ato normativo restringir os procedimentos democráticos ou o acesso a eles, ou quando agredir minorias ou favorecer grupos com densa influência política, poderá ser presumido inconstitucional. Isto porque se presume que o procedimento dos órgãos majoritários (ou da maioria da maioria, como diz Dworkin⁷⁴⁴) apresentou defectividade, com lapso de representação dos grupos atingidos ou daqueles que desejam participar dos procedimentos democráticos ou com motivações escusas do grupo favorecido pela medida. O conceito de democracia centrado em real e igualitária participação e em direitos sustenta a *presunção de inconstitucionalidade* nestes casos.⁷⁴⁵

Embora a *presunção de inconstitucionalidade* encontre seus fundamentos em avanços lógicos das fundações da *doutrina da posição preferencial*, ela já fora aplicada muito antes da redação da nota de rodapé número quatro. Sua primeira aparição data da *Era Lochner*, precisamente em *Lochner v. New York*.⁷⁴⁶ Recorde-se que neste caso o *Justice* Peckham exigiu que o estado de Nova Iorque comprovasse os *finis* que alegava serem o sustentáculo da medida constritora da liberdade contratual e da propriedade, invertendo o ônus da prova. Recorde-se também que o voto dissidente do *Justice* Harlan centrou-se justamente nesse ponto. Ele criticou largamente a inversão do ônus probatório, dizendo que ele alterava a tripartição de poderes e o sistema federativo.⁷⁴⁷

Com o teste do *perigo claro e iminente*, discutiu-se em alguns casos a *presunção de inconstitucionalidade* dos atos normativos privadores das liberdades da Primeira Emenda. e, logo após a redação da nota de rodapé número quatro, a questão veio novamente à tona, recebendo críticas do *Justice* Frankfurter no caso *Kovacs*.⁷⁴⁸ Deste período em diante, a Corte por vezes lançou mão da *presunção de inconstitucionalidade*. Ela o fez, por exemplo, em *Wisconsin v. Yoder*⁷⁴⁹ e em *Roe v. Wade*.⁷⁵⁰

A *presunção de inconstitucionalidade* inverte a regra clássica que rege o Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, a deferência à escolha legislativa. Com a *presunção de inconstitucionalidade*, a dúvida quanto à constitucionalidade de um ato normativo não age a favor do órgão que o editou, mas das pessoas ou órgãos que questionam a constitucionalidade. Segundo Wolfe.

⁷⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's...* Op. Cit., p. 15 e ss.

⁷⁴⁵ Há, no Brasil, interessante texto sobre a *presunção de inconstitucionalidade*. Calcado na doutrina norte-americana, Sérgio Fernando Moro ensaia passos para a adaptação tanto da *posição preferencial* como da *suspeição de certas leis*. Na categoria de suspeitas, ele inscreve: a) tratamento desfavorável a minorias; b) tratamento mais favorável a grupos de acentuada influência política; restrições a direitos sociais; d) legislação restritiva da liberdade de expressão e acesso à informação. Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita?** Op. Cit., p. 67-84.

⁷⁴⁶ *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905). Cit.

⁷⁴⁷ *Id.*

⁷⁴⁸ *Kovacs v. Cooper*. 336 U.S. 77 (1949). Cit.

⁷⁴⁹ *Wisconsin v. Yoder*. 406 U.S. 205 (1972). Cit.

⁷⁵⁰ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). Cit.

esta *virada* altera substancialmente o agir do Poder Judiciário, diminuindo seus limites.⁷⁵¹ Por um lado, ela tem vantagens, uma vez que os legislativos e executivos, cientes de que terão de provar os *finis* que alegam, acautelam-se e melhor documentam seus processos decisórios, munindo-se de razões através de estudos, estatísticas, legislação comparada, levantamentos de fato e de direito, etc. Esta documentação contendo uma mais farta exposição de motivos do que a simples alegação de um objetivo é levada ao conhecimento público. Isto faz com que o processo de tomada de decisão torne-se mais transparente e menos passível de desvios. Outra vantagem é a colocação do ônus naqueles que detêm noção do *finis* e de suas justificações e que se encontram em posição de superioridade. O ônus da prova não recai sobre o *hipossuficiente* da relação processual, o litigante que ataca o julgamento legislativo.

Por outro lado, endereçam-se sérias críticas à *presunção de inconstitucionalidade*. A principal refere-se à tripartição de poderes. Diz-se que esta regra de aferição da constitucionalidade alça o Judiciário ao posto primeiro no julgamento da utilidade e adequação de atos normativos, levando-o a destronar o legislativo do posto que a Constituição legitimamente lhe confere. O Judiciário, assim, tornar-se-ia um gigante sem controles. Além desta pesada crítica, há outras três. Uma diz respeito à estrutura federativa, pois a *presunção de inconstitucionalidade* dos atos normativos estaduais pode restringir o espaço de atuação dos governos estaduais em prol das Cortes federais, e, via de consequência, do governo federal, conduzindo à centralização de poder. A outra, lembra que os atos normativos atuam prospectivamente, perpetuando-se no tempo. Se tais atos forem presumidos inconstitucionais, os poderes de estado terão de argumentar sua constitucionalidade, mesmo que eles tenham sido editados em tempos muito anteriores. Uma terceira crítica diz que, com base em um senso-comum, *as exceções devem ser provadas*, o Judiciário, ao aplicar a *presunção de inconstitucionalidade*, perverte um princípio geral de Direito amplamente reconhecido e utilizado, qual seja, *a boa-fé se presume e a má-fé deve ser provada*. Quer dizer, ao *presumir inconstitucional* certo ato normativo, o Judiciário insere a *sombra da dívida* na *boa-fé* do órgão que o editou, presumindo sua *má-fé*. Desta última crítica, deriva outra. Os motivos de órgãos colegiados e majoritários, em sociedades plurais, não são levantados facilmente. Como *penetrar* na mente de cada um dos legisladores para averiguar os argumentos justificadores da medida aprovada?

Estas críticas não são forjadas à toa. Se a *presunção de inconstitucionalidade* for levada a cabo sem que se tenha consciência do quão delicada e minudente é a tarefa de exercer o controle de constitucionalidade, pode conduzir os órgãos judiciais a perder de vista que é o legislativo o julgador primeiro da necessidade e da utilidade de uma medida restritora dos direitos de *vida, propriedade e*

⁷⁵¹ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 255.

liberdade. Se aplicada com a devida cautela, não perverte esta idéia, pois o controle judicial segue, apesar da *presunção contrária ao ato normativo*, como julgador secundário, que apenas *inverte o ônus da prova*, exigindo que o legislador exponha seus motivos com mais clareza e precisão; e mais. apenas em questões determinadas envolvendo cerceamento de direitos de extremada relevância para uma sociedade. Mas, se a devida prudência estiver ausente, a *presunção de inconstitucionalidade* pode, sim, atentar contra o princípio da tripartição de poderes.

Poder Judiciário a controlar a razoabilidade de tais atos normativos, sendo que razoabilidade a ser aferida não possui um conteúdo estanque e fixo, nem se confunde com as paixões majoritárias momentâneas.

A função primordial do devido processo legal substantivo consiste em auxiliar na solução de conflitos entre *princípios constitucionais*, quando um dos *princípios* que está em choque e corre risco de ter seu grau de concretização diminuído traduz direitos protegidos pelo devido processo legal, ou seja, aqueles direitos compreendidos no termos genéricos *vida, propriedade e liberdade* ou *bens e liberdade*. O devido processo legal substantivo, então, quando atua, conduz os juizes a ponderar *princípios*, estabelecendo qual dos *princípios* em conflito deve ter prevalência em uma dada situação. Esta forma de atuação judicial foge às noções tradicionais de controle de constitucionalidade, uma vez que os juizes estarão controlando atos normativos infraconstitucionais não com base em questões procedimentais ou em cláusulas objetivas e bem determinadas da Constituição, mas com base em *princípios* vagos e plásticos, *construídos judicialmente* com apoio em elementos extratextuais. Por este motivo, a aplicação do devido processo legal substantivo exige exercício argumentativo. Quando ele é aplicado no deslinde de um caso, para que decisão seja considerada motivada e, portanto constitucional, não basta que seja mencionado o *princípio* do devido processo legal substantivo, nem, sequer, pontos de sua história no constitucionalismo norte-americano. Faz-se necessário demonstrar todos os passos decisórios, inclusive os elementos extraconstitucionais utilizados, desnudando e publicizando os motivos da decisão.

Como guia formal de construção dessa argumentação, tem-se o *teste da razoabilidade*, que pode ser assim esquematizado:

- a) Há privação de um bem ou de uma liberdade?
 - a.1) O bem ou a liberdade alegados são tutelados pelo *princípio* do devido processo legal?
 - a.2) Existe efetivamente uma privação do bem ou da liberdade provinda de um agente/órgão dotado de poder estatal?
 - a.3) Qual o grau desta privação?
- b) O fim almejado pelo Estado é legítimo, real e apto a justificar o meio?
 - b.1) Existe nexo de causalidade entre o meio escolhido e o fim pretendido?
 - b.2) Não existe meio alternativo menos intrusivo no bem ou na liberdade hábil a conduzir ao fim pretendido?
 - b.3) O fim pretendido tem *peso* suficiente para justificar a constrição do bem ou da liberdade?

Este *teste* pode ser modulado em padrões. Pode assumir vários, ou mesmo assumir um único. Para que ele assuma padrões, mister se faz que se estabeleça uma hierarquia entre os Direitos Fundamentais – formais ou materiais, conferindo-se, de pronto, *peso* maior a alguns deles, de acordo com os *princípios* e *valores* fundamentais de uma dada sociedade. Assim, os direitos postos em posição cimeira exigirão, para diminuição de seu grau de concretização, um rigor maior na aplicação do *teste*, principalmente na avaliação do *peso* do *fim* almejado. Ou seja, se o *teste* fosse uma *balança*, o direito constricto ocuparia um prato e o *fim* alegado pelo estado o outro, e, na presença de uma constrição nos graus de concretização de um direito que ocupa local cimeiro, o *teste* iniciar-se-ia com a balança pendendo para o prato do direito, e, somente na presença de um *fim* muito pesado a situação dos pratos poderia ser revertida.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o objetivo geral desta pesquisa, por meio de cada um dos objetivos específicos, foi atingido. Conseguiu-se, através do estudo da misteriosa origem do devido processo legal substantivo e da linha de casos da Suprema Corte, lançar algumas luzes sobre a *razão abstrata*, a *função* e as *características de aplicabilidade* do devido processo legal substantivo. Todavia, é essencial pontuar que as reflexões sobre a *razão abstrata*, a *função* e as *características de aplicabilidade* do devido processo legal substantivo foram produzidas dentro dos limites típicos de uma dissertação de mestrado, o que significa que, de modo algum, estes três tópicos foram estudados com exaustão, ou que estão *prontos e acabados*. Como dito em notas introdutórias deste trabalho, o devido processo legal substantivo é um mundo a ser explorado. Abre inúmeras perspectivas exegéticas dentro de um sistema constitucional.

Quanto ao constitucionalismo brasileiro, uma gama extraordinária de questões podem ser plantadas quando se pensa na adequação e possibilidades do devido processo legal substantivo nestes páramos. Pode-se ventilar, por exemplo, se ele pode ser aplicado aos atos administrativos, permitindo ao Judiciário revisar-lhes o mérito; ou se ele pode ser adaptado ao controle abstrato de constitucionalidade; ou se ele é ou não um congênere do princípio da proporcionalidade; se ele, juntamente com suas conseqüências, é *desejável* ou não; se ele pode trazer soluções para problemas e questões do constitucionalismo pátrio; se a tripartição de poderes e as funções conferidas ao Poder Judiciário pela CF/88 comportam-no; se a hierarquização de Direitos Fundamentais é possível de acordo com o texto da CF/88; se a presunção de inconstitucionalidade pode ser, em tese, constitucional; se a presunção de inconstitucionalidade pode ser adaptada no sistema rígido de processo; se o método de estudo do Direito e de preparação dos operadores do Direito utilizados no Brasil comportam o *estilo* de aplicação do devido processo legal substantivo.. Enfim, os temas a pesquisar. e que já estão sendo pesquisados por estudiosos pátrios, são incontáveis.

Além disso, pode-se dizer que as consequências da aplicação do substantivo devido processo legal extrapolam os lindes do Direito Constitucional, pois que movimentam com o papel, a atividade e o método do Poder Judiciário e também com suas relações com os demais poderes, abrindo, pois, espaço para discussão nas searas da Teoria Política e da Ciência Política. E, ainda, como o devido processo legal substantivo carrega consigo elementos extratextuais, que comporão a noção de *razoabilidade*, grandes questões podem aparecer, envolvendo o estudo de teorias sobre o razoável e também sobre o *justo*, estando abertas, então, as portas da Filosofia e da Teoria do Direito.

Para finalizar, deve-se lembrar, apenas, que o devido processo legal substantivo atua em conjunto com a outra versão do *princípio*, a procedimental. Estas duas versões, atuando aliadas nos casos cabíveis, procuram garantir que os processos públicos de tomada de decisão sigam trâmites e formas prescritas, pré-concebidas e razoáveis – *procedural due process of law*, bem como que produto discursivo destes processos seja razoável – *substantive due process of law*. A importância do devido processo legal substantivo reside justamente nisso: em permitir o exame do conteúdo dos atos normativos restritores de Direitos Fundamentais. Negligenciar a discussão desta possibilidade oferecida pelo devido processo legal substantivo, é como assumir que todos os atos normativos restritores de Direitos Fundamentais devem ter a forma de cálices, e, uma vez que sejam cálices, seu conteúdo será bebido, mesmo que esteja envenenado.

Referências Bibliográficas

Bibliografia Consultada e Referida

Livros, Capítulos e Artigos

A

ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional. *In: Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad: investigacion colectiva del centro de estudios institucionales de Buenos Aires*. Centro de Estudos Constitucionales: Madrid, 1991. p.15-31.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Brasília: UNB, 1992.

_____. A política. *In: Aristóteles*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os pensadores)

AQUINO, Santo Tomás. **Suma teológica. 2ª parte da 2ª parte. Questões 1-79**. 2. ed. Trad. Alexandre Corrêa. Caxias do Sul: Sulina, 1980.

B

BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo. *In: Obras Completas de Ruy Barbosa*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1962.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1975. 160p.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais brasileiros (ou de como o papel aceita tudo). **Revista Jurídica THEMIS**. Curitiba: n.7, out. de 1991, p.17-39.

BEARD, Charles A. **An economic interpretation of the Constitution of the United States**. New York: The Free Press, 1965.

BERGER, Raoul. **Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment**. Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

BERMAN, Harold J. The origins of historical jurisprudence: Coke, Selden and Hale. **Yale Law Journal**, 103, n.7, May 1994. p.1651-1738.

BITTAR, Orlando. **A lei e a constituição: alguns aspectos do controle jurisdicional de constitucionalidade**. Brasília: Conselho Federal e Departamento de Assuntos Culturais, 1978, p11-209. (Obras Completas de Orlando Bitar. v.2)

_____. **Fontes e essência da constituição britânica**. Brasília: Conselho Federal e Departamento de Assuntos Culturais, 1978. p. 267-269. (Obras Completas de Orlando Bitar. v. 2)

_____. **Origem e evolução do sistema parlamentar de governo, na Inglaterra e no continente europeu**. Brasília: Conselho Federal e Departamento de Assuntos Culturais. 1978. p.214-259. (Obras Completas de Orlando Bitar, v.2).

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. 2.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary: definitions of terms and phrases of american and english jurisprudence, ancient and modern**. 4. ed. Minnesota: West Publishing Co., 1968.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Contribución a la teoria del derecho**. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valência: Fernando Torres S.A. 1980.

_____. **Locke e o Direito Natural**. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Trad. Das expressões latinas: Janete Melasso Garcia. Brasília: UNB, 1998.

BOBBIO, Norberto. BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BOUZAT, Gabriel. El control constitucional. Un estudio comparativo. *In: Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad: investigacion colectiva del centro de estudios institucionales de Buenos Aires*. Centro de Estudos Constitucionales: Madrid, 1991. p.69-93.

BRINDEIRO, Geraldo. O devido processo legal e o estado democrático de direito. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília: v.49, n.188, jul./dez. 1996. p.31-35.

C

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **O Direito Constitucional e a teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade no Direito Comparado**. 2.ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. *In: Rocha, Leonel Severo (org.). Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997. p.151-196.

CHURCHILL, Winston S. O berço da Inglaterra. *In: História dos povos de língua inglesa*. São Paulo: IBRASA, 1960, v I.

_____. O novo mundo. *In: História dos povos de língua inglesa*. São Paulo: IBRASA, 1960, v. II.

_____. A era da revolução. *In: História dos povos de língua inglesa*. São Paulo: IBRASA, 1960, v. III.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CORWIN, Edward S. **The Constitution and what it means today**. Princeton: Princeton University, 1978.

D

DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e "due process of law": contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. Rio de Janeiro: **Revista Forense**, 116, 1948, p. 21-31.

DAVID, René. **O direito inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Herminio A Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DE BONI, Luis Alberto. **Idade Média: ética e política**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

DELUMEAU, Jean. **A história do medo no Ocidente: 1300-1800, uma cidade sitiada**. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DERGINT, Augusto Amaral. Aspecto material do devido processo legal. **GENESIS, Revista de Direito Administrativo Aplicado**. Curitiba: 8 mar. 1996. p.77-85.

DESCARTES, Renè. Discurso do método. *In*: **Descartes**. São Paulo: Nova Cultural. 1999. (Coleção Os Pensadores).

DOBROWOLSKI, Sílvio. A inflação legislativa e a jurisdição constitucional. **Revista Sequência**. Florianópolis: UFSC, n.39, ano XXI, dezembro de 1999. p.79-95.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Tec. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Los derechos en serio**. Trad. Marta Gustavino. 1 ed. Barcelona: Ariel, 1995.

_____. **Freedom's law: the moral reading of the american constitution**. Cambridge: Harvard University, 1996.

E

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of Judicial Review**. Massachusetts: Harvard University, 1998.

ELY Jr., James W. **The guardian of every other right – a constitutional history of property rights**. 2.ed. New York: Oxford. 1998.

F

FEHRENBACHER, Don E. **Lincoln, speeches, letters, miscellaneous writings, presidential messages and proclamations**. New York: The Library of America, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibañez *et al.* Madrid: Trotta, 1995. p.851-957.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. New Jersey: Princeton University Press, 1988.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Naus, 1996.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A Idade Média: o nascimento do ocidente**. 3.ed. São Paulo: Brasiliense, s/d.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el Estado constitucional de Derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

G

GOMES, Dias. **O Santo Inquérito**. São Paulo: Circulo do Livro, s/d.

GOMES, Luís Flávio. **A questão do controle externo do Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de Direito**. São Paulo: RT, 1997.

GORA, Joel M. **Due process of law**. Illinois: National Textbook Company, 1985.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: RT, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GROB, Gerald N. BILLIAS, George Athan. **Interpretations of American History: patterns and perspectives**. 4.ed. New York: A division of Macmillan Publishing Co., Inc., 1982. 455p., V.I.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos, 1999. 172 p.

GUREVITCH, A. *et al.* **História da Idade Média**. Trad. Maria do Rosário Quintela. Lisboa: Estampa, 1978.

H

HÄBERLE, Peter. **La libertad fundamental en el Estado constitucional**. Trad. Carlos Ramos. Peru: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. p.127-128.

HAMILTON, Alexander; MADISON, JAY, John. **The federalist papers**. New York: New York State Press, s/d.

HANBURY, H. G. **English courts of law**. Second ed, London: Oxford University, 1957.

HAUSER, Ester Eliana; MARTEL, Leticia de Campos Velho. Tribunais, magistrados e feiticeiras na Europa moderna. In: SANTOS, Rogério Dutra dos. (org.). **Introdução crítica ao sistema penal**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

HELLER, Agnes. **O homem do renascimento**. Trad. Conceição Jardim, Eduardo Nogueira. Lisboa: Presença, 1982.

HOBBS, Thomas. **A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England**. Chicago: The University of Chicago, 1997.

HOLMES, Oliver Wendell. **O Direito comum. As origens do Direito anglo-americano**. Trad. J. L. Melo. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

HOYOS, Arturo. La garantía constitucional del debido proceso legal. **Revista de Processo**, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, n.47, 1987. p.43-91.

K

KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. **The American Constitution: its origins and development**. 6. ed. New York: W.W. Norton & Company Inc., 1983.

KELSEN, Hans. **¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Trad. Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KEYNES, Edward. **Liberty, property, and privacy: toward a jurisprudence of substantive due process**. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 1996.

L

LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática** Trad. Aluísio Pereira de Menezes, M. D. Magno e Potiguara Mendes da Silveira Junior. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

M

MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, v. 22, n.85, 1997. p.175-180.

MAITLAND, Frederic William. **The constitutional history of England**. London: Cambridge University Press, 1955.

MCCURDY, Charles W. *Justice Field and the jurisprudence of government-business relations: some parameters of laissez-faire constitutionalism, 1863-1897*. **Journal of American History** , 61, 1975, p.970-1005.

MCGEHEE, Lucius Polk. **Due process of law under the federal constitution**. 2nd ed., New York: Edward Thompson, 1980.

MEIRELES, HELY LOPES. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª ed. Malheiros, São Paulo, 1997.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direitos do homem na América Latina. *In: Crítica do Direito e do Estado*. Graal, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório de Jurisprudência IOB**, n. 23, 1ª quinzena de dezembro de 1994, p. 469-475.

_____. **Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MICHELET, Jules. **A agonia da Idade Média**. Trad. Artemis Albuquerque Coêlho e Plínio Augusto Coêlho. São Paulo: EDUC, 1992.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondas, Barão de. **O espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7.ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita? Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei.** Curitiba: Juruá, 1998.

II

NELSON; William E. **Fourteenth Amendment: from political principle to judicial doctrine.** 2.ed. Massachsetts: Harvard University Press, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios constitucionais do processo na constituição federal.** 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário.** Rio de Janeiro: Forense, 1943.

IP

PERELMAN, Chäim. **Ética e Direito.** Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

POCOCK, John Greville Agard. **The machiavellian moment. Florentine political thought and the atlantic republican tradition.** New Jersey: Princenton University Press, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **História e prática do Habeas Corpus.** 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

_____. **Comentários à Constituição de 1967.** t. 1 (arts. 1^o-7^o). Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, p. 126-127.

POUND, Marvim. *et. al.* **Civilização ocidental - uma história concisa.** São Paulo: Martins Fontes, s/d.

POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade.** Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1965.

P.

RAWLS, John. **O liberalismo político.** Trad. João Sedas Nunes. Lisboa: Presença, 1997.

ROBERTS, Clayton; ROBERTS, David. **A history of England: prehistory to 1714.** 3.ed. New Jersey: Prentice Hall, 1991. 464p., v.l.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A corte suprema e o direito constitucional americano.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

ROTUNDA, Ronald D. **Modern constitutional law – cases and notes.** 4th ed., Minnesotta: West Publishing Co., 1993.

S

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **A Constituição concretizada – construindo pontes entre o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163.

SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes direitos da humanidade: the Bill of Rights**. Trad. A. B. Pinheiro de Barros. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979.

SHAKESPEARE, William. **Macbeth**. Trad. Beatriz Viégas Torres. Porto Alegre: L&PM, 2000.

SIEGAN, Bernard H. **The supreme court's constitution: an inquiry into Judicial Review and its impact on society**. New Brunswick: Transaction Books, 1987. 215p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 768p.

SILVA, Moacyr Motta da. O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio de justiça, e a esfera dos poderes jurisdicionais do juiz. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: UNIVALI-Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, v.5, n. 8, 1999.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, s/d.

SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **O que Deus quer de nós?** Brochura. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1996.

SPAETH, Harold J.; SMITH, Edward Conrad. **The Constitution of the United States**. 13. ed. New York: HarperCollins Publishers, 1991.

STRONG, Frank R. The economic philosophy of *Lochner*: emergence, embrasure, and emasculation. **Arizona Law Review**, v.15, 1973, p.419-455.

STUBBS, William. **The constitutional history of England**. 5.ed., Oxford: Clarendon Press. 1891. v.I.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUTHERLAND, Arthur E. **De la Carta Magna a la Constitucion norteamericana: ideas fundamentales sobre constitucionalismo**. Trad. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1972.

T

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 16.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes**. Trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TREVELYAN, George Macauley. **História política de Inglaterra**. Versión espanhola de Ramón Iglesia. Pánuco: Fondo de Cultura Económica, s/d.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 2.ed. New York: The Foundation Press, 1988.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **On reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University, 1991.

Y

VIANA, Luiz Werneck *et.al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

W

WOLFE, Christopher. **The rise of modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law.** Rev. Ampl. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

WOLL, Peter. **American government: readings and cases.** Boston: Little, Brown and Company, 1984.

Z

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos.** Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derechos y justicia.** Trad. Marina Gercón. Madrid: Trotta, 1995.

1.1. Jurisprudência e Legislação Pátrias

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Publicada no *Diário Oficial da União* n. 191-A, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Ática, 1991.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Publicada no *Diário Oficial da União* n.191-A, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Ática, 2000.

_____. Dec. Lei nº 848 de 07/12/1940. **Código Penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Representação de Inconstitucionalidade nº 930-DF, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, publicado no *Diário de Justiça* em 02.09.1977.

_____. Supremo Tribunal Federal. TF – *habeas corpus* nº74.051-3 – Rel. Min. Marco Aurélio, *Informativo STF* nº 45.

1.2. Dicionários

Merrian-Webster's Dictionary of Law. 1996. Disponível em: <<http://dictionary.lp.findlaw.com/scripts>> Acessado em 22/05/2001.

BLACK, Henry Campbell, M. A. **Black's Law Dictionary.** Definitions of the terms and phrases of the american and english jurisprudence. 4th ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1968.

1.3. Casos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

A

Abrams v. United States. 250 U.S. 616 (1919). Disponível em: <<http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=250&invol=616>> Acessado em: 22/05/2001.

Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=\[Group+208+U.S.+161:\]\[\[Level+Case+Citation:\]\]\[\[Group+citemenu:\]\]/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=[Group+208+U.S.+161:][[Level+Case+Citation:]][[Group+citemenu:]]/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?)» Acessado em: 22/05/2001.

Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923). Disponível em: «<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=261&invol=525>» Acessado em: 22/05/2001

Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416 (1983). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=462&invol=416>» Acessado em: 22/05/2001

Allgeyer v. Louisiana 165 U.S. 578. (1897). Disponível em: «<http://caselaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=165&invol=578>» Acessado em: 22/05/2001

American Federation of Labor v. Swing 312 U.S. 321(1941). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=312&invol=321>» Acessado em: 22/05/2001

Anti-Fascist Committee, 341 U.S. 123 (1951). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=341&invol=123>» Acessado em: 22/05/2001

B

Bellotti v. Baird, 443 U.S. 622. (1979). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=443&invol=622>» Acessado em: 22/05/2001

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=478&invol=186>» Acessado em: 22/05/2001

Bradwell v. Illinois, 16 Wallace 131 (1873). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/script/getcase.pl?court=us&vol=16&invol=131>» Acessado em: 22/05/2001.

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=395&invol=444>» Acessado em: 22/05/2001

Bridges v. State of California, 314 U.S.252 (1941). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=314&invol=252>» Acessado em: 22/05/2001

Buchanan v. Warley, 245 U.S. 60 (1917). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=245&invol=60>» Acessado em: 22/05/2001.

Bunting v. Oregon, 243 U.S. 426. (1917). Disponível em: «<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=243&invol=426>» Acessado em: 22/05/2001.

C

Calder v. Bull, 245 U.S. 60 (1879). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=\[Group+245+U.S.+60:\]\[\[Level+Case+Citation:\]\]\[\[Group+citemenu:\]\]/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=[Group+245+U.S.+60:][[Level+Case+Citation:]][[Group+citemenu:]]/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?)» Acessado em: 22/05/2001.

Cantwell v. State of Connecticut, 310 U.S. 296. (1940). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=310&invol=296>» Acessado em: 22/05/2001.

Carpenters and Joiners Union of America, Local n° 213 v. Ritter's Café, 315 U.S. 722 (1942). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=315&invol=722>» Acessado em: 22/05/2001.

Chaplinsky v. New Hampshire. 315 U.S. 568. (1942). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=315&invol=658>» Acessado em: 22/05/2001.

Church of Lukumi v. City of Hialeah. 124 U.S. 472 (1993). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=124&invol=472>» Acessado em: 22/05/2001.

Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=\[Group+109+U.S.+3:\]\[Level+Case+Citation:\]\[Group+citemenu:\]\)/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=[Group+109+U.S.+3:][Level+Case+Citation:][Group+citemenu:])/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?)» Acessado em: 22/05/2001.

Cleveland Board of Education v. Laflleur. 414 U.S. 632 (1974). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=414&invol=632>» Acessado em: 22/05/2001.

Coppage v. Kansas. 236 U.S. 1 (1915). Disponível em: «<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=236&invol=1>» Acessado em: 22/05/2001.

Corrigan v. Buckley. 271 U.S.323 (1926). Disponível em: «<http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=271&invol=323>» Acessado em: 22/05/2001.

Cruzan v. Director, Missouri Department of Health. 497 U.S. 261 (1990). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=497&invol=261>» Acessado em: 22/05/2001.

D

Dred Scott Decision (1857). Disponível em: «<http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1851-1875/dredscott/dred2.htm>» Acessado em: 22/05/2001.

E

Ex parte Virginia. 100 U.S. (1880). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=\[Group+100+U.S.+339:\]\[Level+Case+Citation:\]\[Group+citemenu:\]\)/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=[Group+100+U.S.+339:][Level+Case+Citation:][Group+citemenu:])/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?)» Acessado em: 22/05/2001.

F

Fletcher v. Peck. 6 Cranch (U.S.) 87. (1810). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/script/getcase.pl?court=us&vol=300&invol=379>». Acessado em: 22/05/2001.

Fiske v. Kansas. 274 U.S. 380 (1927). Disponível em: «<http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=274&invol=380>» Acessado em: 22/05/2001.

G

Giboney v. Empire Storage & Ice Co. Disponível em: «336 U.S. 490 (1949). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=336&invol=490>» Acessado em: 22/05/2001.

Gilbert v. Minnesota. 254 U.S. 325 (1920). Disponível em: «<http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=254&invol=325>» Acessado em: 22/05/2001.

Ginsberg v. New York. 390 U.S. 629 (1968). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=390&invol=629>» Acessado em: 22/05/2001.

Gitlow v. New York. 268 U.S. 652 (1925). Disponível em: «<http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=268&invol=652>» Acessado em: 22/05/2001.

Griswold v. Connecticut. 381 U.S. 479 (1965). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=381&invol=479>» Acessado em: 22/05/2001.

Grovey v. Townsend. 295 U.S. 45. (1935). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=295&invol=45>» Acessado em: 22/05/2001.

Guinn v. U.S. 238 U.S.347 (1915). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=238&invol=347>» Acessado em: 22/05/2001.

H

H.L. v. Matheson. 450 U.S. 398. (1981). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=450&invol=398>» Acessado em: 22/05/01.

Herdon v. Lowry. 301 U.S. 242 (1937). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=301&invol=242>» Acessado em: 22/05/2001.

Holden v. Hardy. 169 U.S. 366 (1898). Disponível em: «<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=169&invol=366>» Acessado em: 22/05/2001.

Hurtado v. California. 110 U.S. 516 (1884). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=\[Group+110+U.S.+516:\]\[\[Level+Case+Citation:\]\]\[Group+citemenu:\]\)/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=[Group+110+U.S.+516:][[Level+Case+Citation:]][Group+citemenu:])/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?)» Acessado em: 22/05/2001.

J

Jones v. City of Opelika. 316 U.S. 584. (1942). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=316&invol=584>» Acessado em: 22/05/2001.

K

Kovacs v. Cooper. 336 U.S. 77 (1949). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=336&invol=77>» Acessado em: 22/05/2001.

L

Lawton v. Steele. *Lawton v. Steele*. 152 U.S. 133 (1894). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/script/getcase.pl?court=us&vol=152&invol=133>» Acessado em:22/05/2001.

Lochner v. New York. 198 U.S. 45 (1905). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=\[Group+198+U.S.+45:\]\[\[Level+Case+Citation:\]\]\[Group+citemenu:\]\)/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=[Group+198+U.S.+45:][[Level+Case+Citation:]][Group+citemenu:])/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?)» Acessado em: 22/05/2001.

Lovell v. City of Griffin. 303 U.S. 444 (1938). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=303&invol=444>» Acessado em: 22/05/2001.

Loving v. Virginia. 388 U.S. 1 (1967). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=388&invol=1>» Acessado em: 22/05/2001.

M

Marbury v. Madison 05 U.S. (1803). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=\[Group+05+U.S.\]\[\[Level+Case+Citation:\]\]\[Group+citemenu:\]\)/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=[Group+05+U.S.][[Level+Case+Citation:]][Group+citemenu:])/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only)» Acessado em: 22/05/2001.

Marsh v. Alabama. 326 U.S. 501 (1946). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=326&invol=501>» Acessado em: 22/05/2001.

Martin v. Struthers. 319 U.S. 141 (1943). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=319&invol=141>» Acessado em: 22/05/2001.

Meyer v. Nebraska. 262 U.S. 390 (1923). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=262&invol=390>» Acessado em: 22/05/2001.

Meyer v. Peabody. 212 U.S. 78 (1908). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=212&invol=78>» Acessado em: 22/05/01.

Milk Wagon Drivers Union of Chicago, Local 753 v. Meadowmoor. 312 U.S. 287 (1941). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=312&invol=287>» Acessado em: 22/05/2001.

Minersville School District v. Gobits. 310 U.S. 586 (1940). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=310&invol=586>» Acessado em: 22/05/2001.

Mishkin v. New York. 383 U.S. 502 (1966). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=383&invol=502>» Acessado em: 22/05/2001.

Moore v. East Cleveland. 431 U.S. 494 (1977). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=431&invol=464>» Acessado em: 22/05/2001.

Muller v. Oregon. 208 U.S. 412. (1908). Disponível em: «<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=208&invol=412>» Acessado em: 22/05/2001.

Mum v. Illinois, 94 U.S. 113 (1876). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=\[Group+94+U.S.+113:\]\[\[Level+Case+Citation:\]\]\[Group+citemenu:\]\)/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=[Group+94+U.S.+113:][[Level+Case+Citation:]][Group+citemenu:])/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?)» Acessado em: 22/05/2001.

Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co. 59 U.S. (18 How.) 272 (1856). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/script/getcase.pl?court=us&vol=59&invol=272>». Acessado em: 22/05/2001.

N

Near v. Minnesota. 283 U.S. 697 (1931). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=283&invol=697>» Acessado em: 22/05/2001.

Nebbia v. New York. 291 U.S. 502. (1934). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=\[Group+291+U.S.+502:\]\[\[Level+Case+Citation:\]\]\[Group+citemenu:\]\)/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=[Group+291+U.S.+502:][[Level+Case+Citation:]][Group+citemenu:])/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?)» Acessado em: 22/05/2001.

Nixon v. Herdon. 273 U.S. 536 (1927). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/script/getcase.pl?court=us&vol=273&invol=536>» Acessado em: 22/05/2001.

Nixon v. Condon. 286 U.S. 73. Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=286&invol=73>» Acessado em: 22/05/2001.

P

Pennkamp v. Florida. 328 U.S. 331 (1946). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=328&invol=331>» Acessado em: 22/05/2001.

Pierce v. Society of Sisters. 268 U.S. 510 (1925). Disponível em: «<http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=268&invol=510>» Acessado em: 22/05/2001.

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey. 112 U.S. 2791 (1992). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=492&invol=490>». Acessado em: 22/05/2001.

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey. 112 U.S. 2791 (1992). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=492&invol=490>» Acessado em: 22/05/2001.

Planned Parenthood v. Danforth. 428 U.S. 52 (1976). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=428&invol=52>» Acessado em: 22/05/2001.

Planned Parenthood Association of Kansas City v. Ascroft. 462 U.S. 476 (1983). <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=462&invol=476>

Plessy v. Ferguson. 163 U.S. 537 (1896). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/script/getcase.pl?court=us&vol=163&invol=537>» Acessado em: 22/05/2001.

Poe v. Ullman. 367 U.S. 497 (1961). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=367&invol=497>» Acessado em: 22/05/2001.

Powell v. Alabama. 287 U.S. 45 (1932). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=287&invol=45>». Acessado em: 22/05/2001.

Prince v. Com. of Massachusetts. 321 U.S. 158. (1944). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=321&invol=158>» Acessado em: 22/05/2001.

Public Utilities Comm'n v. Pollak. 343 U.S. 451 (1952). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=343&invol=451>» Acessado em: 22/05/2001.

R

Roe v. Wade. 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=410&invol=113>» Acessado em: 22/05/2001

Runyon v. McCrary. 427 U.S. 160 (1972). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=427&invol=160>» Acessado em: 22/05/2001

S

Saia v. New York. 334 U.S. 558 (1948). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=334&invol=588>» Acessado em: 22/05/2001

Schenck v. United States. 249 U.S. 47 (1919). Disponível em: «<http://caselaw.pl.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=249&invol=47>» Acessado em: 22/05/2001

Schneider v. New Jersey. 308 U.S. 147 (1939). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court=us&vol=308&invol=147>» Acessado em: 22/05/2001

Senn v. Till Layers Union. 301 U.S. 468. (1937). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=3014&invol=468>» Acessado em: 22/05/2001

Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=\[Group+334+U.S.+1.\]\[\[Level+Case+Citation:\]\]\[\[Group+citemenu:\]\]/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query=[Group+334+U.S.+1.][[Level+Case+Citation:]][[Group+citemenu:]]/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?)» Acessado em: 22/05/2001

Sherbet v. Verner, 374 U.S. 398 (1968). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=374&invol=398>» Acessado em: 22/05/2001

Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=316&invol=535>» Acessado em: 22/05/2001

Slaughter House Cases, 83 U.S. 36 (1873). Disponível em: «<http://caselaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=83&invol=36>» Acessado em: 22/05/2001

Smyth v. Ames, 169 U.S. 466 (1898). Disponível em: «<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=169&invol=466>» Acessado em: 22/05/2001

Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=394&invol=557>» Acessado em: 22/05/2001

Strauder v. Virginia, 100 U.S. 303 (1879). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=100&invol=303>» Acessado em: 22/05/2001

Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=283&invol=359>» Acessado em: 22/05/2001

T

Taylor v. State of Mississippi, 319 U.S. 583 (1943). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=319&invol=583>» Acessado em: 22/05/2001

Terminiello v. City of Chicago, 337 U.S. 516 (1949). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=337&invol=516>» Acessado em: 22/05/2001

Terry v. Adams, 345 U.S. (1953). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=345&invol=574>» Acessado em: 22/05/2001

Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=491&invol=397>» Acessado em: 22/05/2001

Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=323&invol=516>» Acessado em: 22/05/2001

Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=476&invol=747>» Acessado em: 22/05/2001

Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=310&invol=88>» Acessado em: 22/05/2001

Tinker v. Des Moines Independent School District, 393 U.S. 503 (1969). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=393&invol=503>» Acessado em: 22/05/2001

Turner v. Safley. 482 U.S. 78 (1987). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=492&invol=490>» Acessado em: 22/05/2001

U

United States v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=304&invol=144>» Acessado em: 22/05/2001

United States v. Miller. 425 U.S. 435. (1976). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&court=US&case=/us/425/435.html>» Acessado em: 22/05/2001.

W

Webster v. Reproductive Health Services. 492 U.S. 490 (1989). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=492&invol=490>» Acessado em: 22/05/2001.

West Coast Hotel v. Parrish. 300 U.S. 379 (1937). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/script/getcase.pl?court=us&vol=300&invol=379>» Acessado em: 22/05/2001.

West Virginia Board of Education v. Barnette. 319 U.S. 628 (1943). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=319&invol=628>» Acessado em: 22/05/2001.

Whitney v. California. 274 U.S. 357 (1927). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=274&invol=357>» Acessado em: 22/05/2001.

Wisconsin v. Yoder. 406 U.S. 205 (1972). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=406&invol=205>» Acessado em: 22/05/2001.

Y

Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886). Disponível em: «[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=\[Group+118+U.S.+356:\]\(\[Level+Case+Citation:\]\)\[Group+citemenu:\]\)/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=[Group+118+U.S.+356:]([Level+Case+Citation:])[Group+citemenu:])/doc/{@1}/hit_headings/words=4/hits_only?)» Acessado em: 22/05/2001.

Z

Zablocki v. Redhail. 434 U.S. 374 (1978). Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=434&invol=374>» Acessado em: 22/05/2001.

1.4. Textos e Documentos coletados via internet

A Declaration of Rights, and the Constitution and form of Government agreed to by Delegates of Maryland, in Free and Full Convention Assembled. 1776. Disponível em: «<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/ma02.htm>». Acessado em: 22/05/2001.

BRASIL. Senado Federal. PRODASEN: **Anais do Senado. Assembléia Nacional Constituinte.** Disponível em: «<http://www.senado.gov.br/web/comunica/copres/museu/anais/anais1.htm>» Acessado em: 22/05/2001.

Charter of Liberties of Henry I, 1100. Medieval Source Book. Disponível em: [«http://www.fordham.edu/halsall/source/hcoronation.html»](http://www.fordham.edu/halsall/source/hcoronation.html) Acessado em: 22/05/2001.

Constitution of Delaware, 1776. Disponível em: [«http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/de02.htm»](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/de02.htm) Acessado em: 22/05/2001.

Confirmatio Cartarum, 1297. Disponível em: [«http://www.britannia.com/history/docs/cartarum.html»](http://www.britannia.com/history/docs/cartarum.html) Acessado em: 22/05/2001.

Constitution of North Carolina. 1776. Disponível em: [«http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/nc07.htm»](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/nc07.htm) Acessado em: 22/05/2001.

Constitution of Pennsylvania. 1776. Disponível em: [«http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/pa08.htm»](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/pa08.htm) Acessado em: 22/05/2001.

Constitution of South Carolina. 1778. Disponível em: [«http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/sc02.htm»](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/sc02.htm) Acessado em: 22/05/2001.

Constitution of the United States. Disponível em: [«http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/constitution.htm»](http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/constitution.htm) Acessado em: 22/05/2001.

Constitution of the United States. The Bill of Rights. Disponível em: [«http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/constitution/amends.htm»](http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/constitution/amends.htm) Acessado em: 22/05/2001.

Magna Carta, 1215. Disponível em: [«http://www.britannia.com/history/docs/june-magna-carta.htm»](http://www.britannia.com/history/docs/june-magna-carta.htm) Acessado em: 22/05/2001.

Laws of William the Conqueror. Disponível em: [«http://www.yale.edu/lawweb/avalon/lawswill.htm»](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/lawswill.htm) Acessado em: 22/05/2001.

New York Proposal. 1778. Disponível em: [«http://www.yale.edu/lawweb/avalon/USA/newyork5.htm»](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/USA/newyork5.htm) Acessado em: 22/05/2001.

The AntiFederalist Papers. Disponível em: <http://www.odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/antfed.htm> Acessado em: 22/05/2001.

The Articles of the Confederation. Disponível em: [«http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/constitution/confart.htm»](http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/constitution/confart.htm) Acessado em: 22/05/2001.

The Bill of Rights. 1689. Disponível em: [«http://www.yale.edu/lawweb/avalon/england.htm»](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/england.htm) Acessado em: 22/05/2001.

The Catholic Encyclopedia. Vol. IX. Disponível em: [«http://www.newadvent.org/cthen/09531a.htm»](http://www.newadvent.org/cthen/09531a.htm) Acessado em: 22/05/2001.

The Constitution of New York. 1777. Disponível em: [«http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/ny01.htm»](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/ny01.htm) Acessado em: 22/05/2001.

The First Virginia Charter. 1606. Disponível em: [«http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1601-1650/virginia/chart01.htm»](http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1601-1650/virginia/chart01.htm) Acessado em: 22/05/2001.

The Northwest Ordinance. 1787. Disponível em: [«http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/ohio/norwes.htm»](http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/ohio/norwes.htm) Acessado em: 22/05/2001.

The Petition of Right. (1628). Disponível em: [«http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1601-1650/england/por.htm»](http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1601-1650/england/por.htm) Acessado em: 22/05/2001.

The Virginia Declaration of Rights. 1776. Disponível em: «<http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/independence/virdor.htm>» Acessado em: 22/05/2001.

Magna Carta and its american legacy. Disponível em: «<http://wae.com/freedom/magintrp.html>» Acessado em: 22/05/2001.

U.S. Senate Document 103-6. **The Constitution of the United States of America. Analysis and interpretation - annotations of cases decided by the Supreme Court of the United States.** Prepared by Congressional Research Service. Library of Congress. Disponível em: «<http://www.access.gpo.gov/congress/senate/constitution/amdt5.html>» Acessado em: 22/05/2001.

PENSILVÂNIA	<p><i>"But as representation in proportion to the number of taxables inhabitants is the only principle which can at all times secure liberty, and make the voice of a majority of the people the law of the land(...)"</i></p>	<p>Percebe-se que nesta Constituição a cláusula foi inserida em uma seção de conteúdo bem diferente do que ela usualmente figurava. Encontra-se na parte concernente à representação no Legislativo. Neste Estado, o <i>law of the land</i> confundia-se com a voz da maioria dos representantes dos habitantes que pagavam impostos</p>
MARYLAND	<p><i>"XVII. That every freeman, for any injury done him in his person or property, ought to have remedy, by the course of the law of the land, and ought to have justice and right freely without sale, fully without any denial, and speedily without delay, according to the law of the land."</i></p> <p><i>"XXI: "That no freeman ought to be taken, or imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty or property, but by the judgement of his peers, or by the law of the land."</i></p>	<p>Nas palavras negritadas, tem-se uma linguagem de transição entre o <i>law of the land</i> e o <i>due process of law</i>. Note-se que a seção XVII refere-se ao procedimento judicial.</p> <p>Na seção XXI, o encontro entre a <i>common law</i>, consubstanciada na linguagem da Magna Carta e o pensamento <i>jusnaturalista</i>, expresso no trinômio vida, propriedade e liberdade</p>
CAROLINA DO NORTE	<p><i>"That no freeman ought to be taken, imprisoned, or disseized of his freehold liberties or privileges, or outlawed, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty or property, but by the law of the land."</i></p>	<p>Percebe-se com clareza a influência do Texto do Capítulo XXXIX da Magna Carta Inglesa</p>
NOVA IORQUE	<p><i>"XII. And this convention doth furter, in the name and by the authority of the good people of this State, ordain, determine, and declare, that no member of this State shall be disfranchised, or deprived of any the rights or privileges secured to the subjects of this State by this constitution, unless by the law of the land, or the judgment of his peers."</i></p>	<p>Fica claro que o sentido aqui fornecido para o <i>law of the land</i> é mais amplo, contendo garantias substantivas, como mantenedor substantivo de todo o texto constitucional e não apenas processuais.</p>
CAROLINA DO SUL	<p><i>"That no freeman of this State be taken or imprisoned or disseized of his freehold liberties, or privileges, or outlawed, exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty or property, but by the</i></p>	<p>Percebe-se com clareza a influência do Texto do Capítulo XXXIX da Magna Carta Inglesa.</p>

*judgement of his peers or by the
law of the land."*

Trajetória Congressual da Décima Quarta Emenda.

Origem	Proposta	Comentário
Joint Comitee Deputado John Bingham	<i>"Congress shall have power to make all laws necessary and proper to secure all persons in every state within this Union equal protection in their rights of life, liberty and property.</i>	Oferta de grandes poderes profiláticos ao Congresso para garantir igual proteção aos direitos de vida, propriedade e liberdade a todas as pessoas nos estados. Não há <i>auto-executoriedade</i> . O Congresso poderia legislar para os estados, independente de seu comportamento omissivo ou comissivo, e poderia, ainda, atingir particulares. Alterava substancialmente a estrutura federativa. Não contava com o <i>due process of law</i> , mas já traz o trinômio vida, propriedade e liberdade.
Subcomitê	<i>Congress shall have power to make all laws which shall be necessary and proper to secure all persons in every states full protection in the enjoyment of life, liberty and property; and to all citizens of the United States in any State the same immunities and also equal political and privileges.</i>	Esta proposta dava poderes ao Congresso para proteger não apenas os direitos civis, mas também os políticos, tanto em caso de ação como de inação dos estados. Como acrescentava igual proteção aos direitos políticos, movimentaria ainda mais a organização federativa.
Congressita Bigham, a partir do texto do subcomitê	<i>The Congress shall have the power to make all laws which shall be necessary and proper to secure to the citizens of each state all privileges and imunities of citizens in the several states (art. 4, sec.2); and to all persons in the several states equal protection in the rights of life, liberty and property. (5th Amendment).</i>	Esta fraseologia é menos clara e também redundante. Menos clara porque substituiu <i>pessoas</i> por <i>cidadãos</i> e <i>direitos políticos</i> por <i>privilégios e imunidades</i> . A primeira troca traz à tona uma grande dúvida, pois em <i>Dred Scott</i> aos negros fora negada a cidadania, então, tal título dependeria de cada estado, inviabilizando os objetivos da Emenda. Já a expressão <i>privilégios e imunidades</i> recebia interpretação bem estreita, com exceção de um caso, <i>Corfield v. Coryell</i> . Neste texto já se encontra uma referência indireta ao <i>due process of law</i> , pois depois da referência aos direitos de vida, propriedade e liberdade houve menção à Quinta Emenda.
Congressita Owen	<i>No discrimination shall be made by</i>	O caráter profilático foi suprimido,

any state, nor by the United State as to civil rights of persons because of race, color, or previus condition of servitude.

restando apenas o correicional. Esta redação conferiu caráter *auto-executável* à seção, abrindo as portas das Cortes para remediar violações. Assim, seria necessária uma ação estatal violadora para impulsionar a atuação congressual e judicial. Os direitos políticos foram suprimidos. O sistema federativo era bem menos alterado por esta proposta do que pelas anteriores.

Congressista Bingham

No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges and immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty or property without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Este substitutivo tem linguagem quase idêntica ao texto final da seção um Décima Quarta Emenda. É *auto-executável*, não é clara, exclui direitos políticos e insere, pela primeira vez, o *due process of law*. Salienta-se que Bingham havia sugerido a cláusula da *justa compensação*, e, como o Congresso não aceitou, substitui-a por *due process of law*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

"Não sou escravo de ninguém
Ninguém senhor do meu domínio
Sei o que devo defender
Por valor eu tenho e temo o que agora se desfaz (...)
Quase acreditei na sua promessa
Mas tudo o que vejo é fome e destruição
Perdi minha sela e a minha espada
Perdi o meu castelo e minha princesa (...)
É a verdade que assombra
O descaso que condena
A estupidez o que destrói
Vejo tudo o que se foi
E o que não existe mais (...)
Esta é a terra de ninguém
Sei que devo resistir
Eu quero a espada em minhas mãos.
Não me entrego sem lutar
Tenho ainda coração
Não aprendi a me render
Caia o inimigo então."
Legião Urbana

Em sede de considerações finais, optou-se por não resumir as considerações feitas ao longo do trabalho, pois tratar-se-ia apenas de repetir certos assuntos, uma vez que, ao iniciar de cada capítulo, foram elaboradas pequenas sínteses, as quais traçavam, em linhas gerais, considerações sobre a temática abordada no (s) capítulo (s) anterior (es). Reservar-se-á este espaço para transcrever apenas a *razão abstrata*, a *função* e as *características de aplicabilidade* do devido processo legal substantivo, temas estes que se constituíam no objetivo fundamental desta dissertação. E, também, para redigir algumas linhas sobre perspectivas futuras abertas pelo findar desta pesquisa.

A *razão abstrata* do devido processo legal substantivo, conceito abstratíssimo e constante do *princípio*, pode ser assim expressa: *devido processo legal substantivo é um princípio-garantia constitucional, concretizador do devido processo legal genérico, que proíbe privações arbitrárias e desarrazoadas dos direitos de vida, propriedade e liberdade das pessoas, privações estas advindas do conteúdo das leis e dos atos executivos e das fundamentações das decisões judiciais, não importando quão razoáveis tenham sido os procedimentos empregados na aplicação dos atos constritores pelo órgão judicante, autorizando, assim, o*

Cortes

John Jay	1790-1795
John Rutledge	1795
Oliver Ellsworth	1796-1800
John Marshall	1800-1835
Roger B. Taney	1836-1864
Slamon P. Chase	1864-1873
Morrison R. Waite	1874-1888
Melville W. Fuller	1888-1910
Edward B. White	1910-1921
William Taft	1921-1930
Charles E. Rughes	1930-1941
Harlam F. Stone	1941-1946
Fred M. Vinson	1946-1953
Earl Warren	1953-1969
Warren Burger	1969-1986
Rehnquist	1986